

Claudia G. Gasol Varela / N. Gladys Sabia de Barberis
Silvina S. González Napolitano / Tamara G. Quiroga
Leopoldo M. A. Godio / Tomás Guisado Litterio
Facundo M. Gómez Pulisich / Sofía Paglia

ASPECTOS ACTUALES DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

ASPECTOS ACTUALES DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

ASPECTOS ACTUALES DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

CLAUDIA G. GASOL VARELA / N. GLADYS SABIA DE BARBERIS /
SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO/ TAMARA G. QUIROGA /
LEOPOLDO M. A. GODIO / TOMÁS GUIADO LITTERIO /
FACUNDO M. GÓMEZ PULISICH / SOFÍA PAGLIA

Aspectos actuales de las fuentes del Derecho Internacional / N. Gladys Sabia de Barberis ... [et al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales-CARI, 2022.

256 p. ; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-1558-29-2

1. Derecho. I. N. Sabia de Barberis, N. Sabia.

CDD 341.1SBN

*Las opiniones de los autores son a título personal
y no comprometen a institución oficial alguna*

Impreso en Argentina

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

© Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2022

Uruguay 1037, piso primero

C1016ACA Buenos Aires, Argentina

Teléfono 4811-0071 al 74

Comité de referato: Julio Barboza, Alberto Davérède, Silvina González Napolitano y Paula Vernet

Diseño de tapa: *Mario Modugno*

Corrección: *Eunice Linkevicius*

Diagramación: *Marcelo Iglesias*

Prohibida su reproducción total o parcial
Derechos reservados

ÍNDICE

LA TEORÍA DE LAS FUENTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL. DEBATES ACERCA DEL NEO CONSTITUCIONALISMO y LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. LA CUESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO <i>Claudia Gabriela Gasol Varela</i>	9
EL VALOR JURÍDICO DE LOS <i>OBITER DICTA</i> EN LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA <i>N. Gladys Sabia de Barberis</i>	37
LOS ACTOS UNILATERALES DEL ESTADO A LA LUZ DE LOS TRIBUNALES DE INVERSIÓN <i>Silvina S. González Napolitano</i>	83
LA DOCTRINA COMO FUENTE AUXILIAR Y SU UTILIZACIÓN EN EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR <i>Tamara G. Quiroga & Leopoldo M. A. Godio</i>	123
LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA LEY N.º 24.080 SOBRE LA PUBLICACIÓN DE TRATADOS EN EL BOLETÍN OFICIAL: ENTRE EL MONISMO Y EL DUALISMO <i>Tomás Mariano Guisado Litterio</i>	155
EL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO PARA EL ARREGLO JUDICIAL DE LAS CONTROVERSIAS Y EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA POR PARTE DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA <i>Facundo M. Gómez Pulisich</i>	177
LAS TRANSFORMACIONES DE LA ERA DIGITAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL: LA INTERPRETACIÓN DINÁMICA DE LOS INSTRUMENTOS VIGENTES Y EL RENOVADO ROL NORMATIVO DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES <i>Sofía Paglia</i>	235

LA TEORÍA DE LAS FUENTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL. DEBATES ACERCA DEL NEO CONSTITUCIONALISMO Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. LA CUESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

*Claudia Gabriela Gasol Varela**

SUMARIO: I. Introducción; II. Las relaciones actuales entre el derecho internacional y el orden jurídico estatal; II.1. Los debates en el ámbito doctrinario. Hacia un neo constitucionalismo del derecho internacional; II.2. La situación en la República Argentina a la luz de la Constitución Nacional y la jurisprudencia; II.2.a) incorporación; II.2.b) jerarquía; III. Nuestro caso de estudio; IV. Conclusiones.

I. Introducción

En la actualidad, se observa que surgen distintas opiniones provenientes de la doctrina acerca del ordenamiento jurídico internacional actual, su configuración, las recientes dimensiones y “hacia dónde debe ir...” el derecho internacional en orden de lograr una mayor uniformidad, unidad y/o armonización, también como criterio de interpretación de sus normas y la vinculación de ellas con el ordenamiento jurídico interno, en particular de índole constitucional. Es ahí cuando resulta relevante analizar el papel que asume el Poder Judicial de cada Estado en aras a la aplicación de las normas de fuente internacional en especial, de carácter ius-fundamental.

La interacción mutua entre los términos: “Constitución” y “Derechos fundamentales” hoy se inserta en un renovado marco de

*Abogada, especialista en Derecho de Daños (U.B.). Magíster en Diplomacia y Relaciones Internacionales (Universidad Complutense y la Escuela Diplomática de Madrid). Ex Becaria OEA. -AECID-UCM. -UPV-UNIBO. Miembro Consultor del CARI; Miembro AADI y AADC, Profesora UBA- UNLZ-UB- Preparadora ISEN. Directora Proyectos de Investigación LomasCyT, DeCyT y CINDER 2022.

relaciones entre la persona humana y el Estado y entre cada uno de estos con el derecho internacional. Los textos constitucionales de Portugal (1976) y España (1978), así como los desarrollos teóricos de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, Luis Pietro Sanchis y Luigi Ferrajoli se inscriben en esta tendencia neo constitucional, superadora a nuestro entender, de los clásicos postulados que ocupaban a las escuelas monistas y dualistas a principios del siglo pasado.

En el marco de los debates actuales acerca de las fuentes del derecho internacional, resulta relevante determinar cómo los Estados aplican en sus órdenes jurídicos internos el consenso manifestado en el plano internacional, bajo diversas modalidades.

Es nuestra intención abordar la presente temática, pues consideramos necesario el estudio y profundización de estas cuestiones en el contexto de la aplicación de la norma del derecho de gentes en los propios foros internacionales, así como en el ordenamiento jurídico estatal. Se espera arrojar luz a los debates tradicionales acerca de la relación entre normas de fuente interna e internacional, tomando como caso de observación el sistema constitucional argentino, así como el rol de los tribunales en la tarea de interpretación de las normas de fuente internacional, y su recepción en el orden jurídico interno. *A posteriori*, formularemos nuestras reflexiones a modo de conclusión.

II. Las relaciones actuales entre el derecho internacional y el orden jurídico estatal

II.1. Los debates en el ámbito doctrinario. Hacia un neo constitucionalismo del derecho internacional

Czar de Zalduendo¹ reflexiona acerca de la expansión material del derecho internacional² y afirma que pocas ramas jurídicas han

¹ CZAR DE ZALDUENDO, Susana. "El sistema jurídico internacional y sus tensiones: Fragmentación y vocación universal", *Puente @ Europa*, Año V, Número 2, Junio 2007, pp. 28-33, [en línea] <<https://puenteeuropa.unibo.it/issue/view/445>> [Consulta: 18 de marzo de 2022].

desplegado un importante desarrollo en las últimas décadas como el derecho internacional. Esto encuentra su razón de ser en el constante dinamismo y ampliación de su elenco de sujetos y su ámbito material de aplicación, fenómenos impensables antes de la Segunda Guerra Mundial³.

Cabe señalar que la especialización del derecho internacional en regímenes normativos sectoriales o temáticos diversos, refleja intereses, deberes y derechos distintos de varios ámbitos de aplicación material del derecho internacional, tales como el derecho del mar, y la cooperación científica y tecnológica, entre otros.

Ante el escenario que venimos describiendo, se generan diversas reacciones orientadas a reflexionar acerca de la necesidad de una mayor unificación del derecho internacional con diversos matices, que invitan a dejar planteada la existencia de una función constitucional del derecho internacional sobre los ordenamientos jurídicos internos, tomando esta premisa como punto de partida y basamento de nuestro trabajo.

Paulatinamente, se ha ido abriendo camino, de ese modo, a una corriente neo-constitucional, también llamada desde una visión ius internacionalista como una “constitucionalización del derecho internacional” por la cual, y más allá de las tradicionales posturas que el Estado adopte frente al derecho internacional –claramente nos referimos a las escuelas monistas y dualistas– existe un sustrato ético y axiológico de fuente internacional, dado, fundamentalmente, por el derecho internacional de los derechos humanos y las normas que revisten el carácter de *ius cogens* que los Estados no pueden desconocer ni tampoco dejar de aplicar. Este fenómeno de dotar de una raigambre constitucional a ciertas reglas jurídicas provenientes del derecho internacional modificó el papel de los jueces y juezas nacionales, al momento de elaborar y fundamentar sus sentencias.

² Para ello, se recomienda consultar el “Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 57º período de sesiones (2 de mayo a 3 de junio y 11 de julio a 5 de agosto de 2005)”. *Asamblea General, Documentos oficiales. 60º período de sesiones. Suplemento nº 10 (A/60/10)*.

³ CZAR DE ZALDUENDO, Susana, *op. cit.*, p. 5.

Postulados como los que presenta la llamada “Internacionalización del Derecho Constitucional”, así como la “Constitucionalización del Derecho Internacional” plantean nuevos desafíos también para la “soberanía estatal” y la “democracia”, dada la innegable jerarquización constitucional de los derechos humanos, a consecuencia del surgimiento de estructuras jurídicas transnacionales para su promoción y protección. Ante ello, resulta elocuente el consagrado carácter “universal” de los derechos humanos como postulados válidos para todos los sistemas jurídicos y su consiguiente transformación en “derechos constitucionales”, pero también resulta relevante preguntarse acerca del alcance de dicha transformación, y es allí donde se entiende que conceptos tales como “democracia” y “soberanía” deben resignificarse para ser entendidos en su plenitud y bajo una visión sistémica e integradora, en convivencia armónica con la noción de “derechos humanos” y no concebir a esta última como una limitante de los primeros.

Uno de los máximos exponentes de esta corriente constitucionalista del derecho internacional es el profesor de la Universidad de Humboldt y de la Academia de La Haya Christian Tomuschat, quien sostiene la necesidad de un alejamiento del protagonismo de los tratados en la elaboración de normas, pues ellos se caracterizan por el voluntarismo de los Estados —adhieren o lo denuncian, si así lo creen necesario— debilitando, de ese modo, los valores reconocidos por la comunidad internacional como merecedores de protección, que deberían alcanzar mayor solidez. Tomuschat abraza la concepción de Jürgen Habermas cuando plantea la necesidad de un orden internacional constitucionalizado concebido como complementario del nacional, a manera de garantía contra posiciones hobbesianas y hegemónicas⁴.

Armin von Bogdandy profundiza las tesis de Tomuschat y Habermas, y afirma la idea de la existencia de una corriente universalista de las relaciones internacionales, que caracteriza a autores muy distintos entre sí, desde algunos exponentes de la escolástica española, hasta las ideas de Hugo Grocio e Immanuel Kant;

⁴ *Ibíd.*, pp. 7-9.

compartiendo todos ellos la premisa de que es posible un orden público que vaya más allá de los Estados, compuesto de leyes e instituciones que promuevan el bien común⁵.

Habermas realizó significativos aportes a esta corriente al afirmar que el derecho internacional juega un “rol constitucional” en el ejercicio de cualquier autoridad. La tesis de Habermas concibe dos regímenes globales: uno centrado en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, investido como una institución supranacional con poderes genuinos⁶ para garantizar la paz internacional y los derechos humanos. El otro debe abordar cuestiones legislativas y no es de carácter supranacional, sino más bien trasnacional. Afirma que un orden internacional constitucionalizado no es utópico, pues algunos de los principales actores son democracias constitucionales cuyas acciones en el plano internacional encontrarán su guía en los principios emanados de sus propias constituciones⁷. Por lo tanto, agrega von Bogdandy citando a Habermas, que se necesitaría un esfuerzo menos evolutivo que el que se requirió para abandonar el estado de naturaleza hobbesiana, en orden de lograr avanzar desde un sistema internacional, en gran medida horizontal, a uno con instituciones globales que velen por los principios constitucionales fundamentales,

⁵ VON BOGDANDY, Armin, “El constitucionalismo del derecho internacional: comentario sobre una propuesta alemana”, en CZAR DE ZALDUENDO, Susana, *op. cit.* p. 38.

⁶ Al respecto, se recomienda profundizar este concepto del siguiente trabajo: BUIS, Emiliano J. “El derecho internacional público: concepto, características, y evolución histórica” pp. 15-16, en GONZALEZ NAPOLITANO, Silvina (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, editorial Errepar, Buenos Aires, 2015, en donde el autor analiza el sistema de las Naciones Unidas y plantea que “...frente a la Asamblea paratáctica... con una lógica basada en una visión westfaliana de la parataxis [regido por] un régimen democrático creado por la Carta... por otro, una marcada desigualdad... que se asienta en un... Consejo de Seguridad que responde más bien a una lógica hipotáctica [concluyendo que]... este juego constante entre coordinación y subordinación, entre parataxis e hipotaxis es característico... del sistema de contrapesos creados por la Carta... y resulta de las propiedades más evidentes del derecho internacional contemporáneo...”.

⁷ HABERMAS, Jürgen, *La constitucionalización del derecho internacional público y el problema de legitimación de una comunidad internacional constituida* [en línea] <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4036/14.pdf>> [Consulta: 18 de marzo de 2022].

concibiendo ese constitucionalismo internacional como un complemento del constitucionalismo nacional⁸.

Dalla Vía y Vanossi refieren a este fenómeno postulando la existencia de un llamado “Derecho Constitucional de la Paz” y – apoyándose en la obra de Hans Kelsen *Democracia y Paz en las relaciones internacionales*– señalan a la democracia como una herramienta que favorece la paz. En ese razonamiento, los autores a los que seguimos identifican a ese sistema normativo como una rama, no del derecho constitucional “a secas” sino del Constitucionalismo Social⁹.

Alejandro Chehtman, en un reciente trabajo¹⁰, se pregunta acerca de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, analizando el caso de las constituciones de Argentina, Colombia y México¹¹. Citando a Crawford, el autor afirma –

⁸ VON BOGDANDY, Armin, *op. cit.* p. 40. Para profundizar estos temas, se recomienda consultar la siguiente obra que ha sido resultado de un Simposio que se desarrolló del 4 al 6 de octubre de 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires organizado por la referida institución en coordinación con la Fundación Alexander Von Humboldt Stiftung; CAPALDO, Griselda; SIECKMANN, Jan y CLERICO, Laura, (Directores), *Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

⁹ VANOSSI, Jorge; REINALDO, A.; DALLA VIA, Alberto Ricardo, *Régimen Constitucional de los tratados*, [segunda edición], Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 406 y 402.

¹⁰ CHEHTMAN, Alejandro, “Derecho Internacional y Derecho Constitucional en América Latina”, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional* (LADI), 2020, nro. 9, [en línea] <<http://www.revistaladi.com.ar/index.php/revista-ladi/article/view/75/61>> [Consulta: 18 de mayo de 2021]. El artículo en cuestión generó un rico debate e intercambio de diferentes académicos en el blog: *Aquiescencia* en octubre 2020, [en línea] <<https://aquiescencia.net/2020/10/20/reflexiones-sobre-la-convencion-constitucional-de-chile-a-la-luz-del-ensayo-de-alejandro-chehtman/>> [Consulta: 18 de mayo de 2021].

¹¹ Alexandra Huneeus aporta algunas consideraciones al trabajo de Chehtman, cumpliendo el fin perseguido en su publicación en el blog “Aquiescencia”. Para ello, sostiene que, si la selección de casos ha sido explicada por el autor basada en que tanto Argentina como México y Colombia presentan la variedad de alternativas que los Estados de la región adoptaron frente a las normas de origen internacional, este debería haber considerado incluir a Chile. Asimismo, Huneeus reflexiona acerca del actual proceso constituyente chileno, indicando que el mismo puede ser una oportunidad para revalorizar el papel del derecho internacional de los DDHH, no solo en el texto constitucional, sino también en la misma convención constituyente, y que, a su vez, esta “oportunidad democrática” que se está dando en Chile (lo escrito entre comillas, nos

en coincidencia con nuestros argumentos adelantados en la introducción— que “...ninguna teoría ofrece una explicación adecuada de la interacción del derecho internacional y las cortes nacionales, cuyo rol en la articulación de posiciones de los diversos sistemas legales es crucial...”¹². De su investigación empírica concluye que los sistemas constitucionales suelen incorporar rasgos monistas y dualistas para explicar estas interacciones y que existe una dinámica muy particular en Latinoamérica, reflejada por los elementos comunes en diferentes procesos de reforma constitucional que tuvieron lugar en la región entre los años ochenta y noventa.

Otro elemento que resalta el autor al que seguimos está dado por el rol destacado de los países de la región en el desarrollo de las normas de tutela de derechos humanos, que hoy encontramos sistematizadas en los mecanismos de protección a nivel universal y regional, y las instancias jurisdiccionales supranacionales que algunos de ellos presentan, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Protagonismo que se explica también desde el triste escenario autoritario por el que han transitado diferentes países de la región durante los años setenta, ochenta y hasta entrados los noventa, fuente material de los procesos constituyentes aludidos *supra*. A juicio del autor, el cual compartimos, ello explica la especial “constitucionalización” de los derechos humanos que presentan varios textos fundamentales y que, como veremos más adelante, la Constitución argentina no escapa a ello.

Así como las constituciones latinoamericanas suelen receptar al derecho internacional, de acuerdo con la realidad que el autor plantea como propia de la región, es de destacar el texto constitucional de Colombia que colocó énfasis también en la recepción de normas de derecho internacional humanitario¹³. En el caso colombiano, con solo

pertenece) permitirá resignificar el papel del Tribunal Constitucional (TC) como garante en la interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. HUNEUUS, Alexandra, [en línea] <<https://aquiessencia.net/2020/10/20/reflexiones-sobre-la-convencion-constitucional-de-chile-a-la-luz-del-ensayo-de-alejandro-chehtman/>> [Consulta: 18 de mayo de 2021].

¹² CHEHTMAN, Alejandro, *op. cit.*, n. 4. citando a Brownlie en su obra, *Principles of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 50,

¹³ *Ibíd*, p. 20.

considerar lo extenso del conflicto armado en dicho país, las características claramente nacionales —pues se ha desarrollado a lo largo del territorio del Estado—, y el funcionamiento en la actualidad de la Jurisdicción Especial para la Paz —conocida como JEP— sobre la base del derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal, es claro que, si desde el constitucionalismo sostenemos que una constitución jurídica debe reflejar las necesidades y el sentir de la sociedad a la cual regirá, la Constitución colombiana debía incorporar esos contenidos.

Por otro lado, Chehtman concluye que, a la luz de la jurisprudencia de los tribunales, en pocos países se ha interpretado el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (en adelante, CVDT) en el sentido de otorgarle jerarquía al derecho internacional por sobre todo el ordenamiento jurídico de fuente interna, incluida la Constitución¹⁴.

Veamos estos temas, aplicados al caso argentino.

II.2. Análisis de caso: la situación en la República Argentina a la luz de la Constitución Nacional y la jurisprudencia

Si trasladamos lo que venimos analizando a la relación entre las normas de fuente internacional y aquellas elaboradas por procedimientos internos de creación, en especial su relación con la Constitución de los Estados —o con las leyes que cuentan con rango constitucional—, observaremos que estos receptan, en su ordenamiento jurídico interno, normas del derecho internacional convencional, consuetudinario y, específicamente, de *ius cogens*.

Por lo general, lo hacen a través de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en los textos constitucionales y a través de la jurisprudencia de sus tribunales, por lo cual, como una primera reflexión al respecto, corresponde destacar como relevante el papel de las jurisdicciones internas al momento de interpretar las normas de fuente internacional.

¹⁴ *Ibid*, pp. 21-22. Citando los casos de Argentina y México como aquellos donde los tribunales sí han dado una relevancia mayor a esta norma.

Se observa que las mismas cuestiones que se analizan respecto de las normas internacionales entre sí –normas de importancia superior por su contenido imperativo y la injerencia de los órganos jurisdiccionales en la interpretación normativa– no son ajenas al momento de analizar también la relación entre las normas de derecho internacional y aquellas de fuente estatal y cómo son aplicadas las primeras por los tribunales internos.

Mención aparte merecen los instrumentos de derechos humanos que tienen sus propios mecanismos de aplicación de fronteras adentro de los Estados: el principio *pro homine*, la cláusula federal, el control de convencionalidad y la adaptación de las normas vigentes en los Estados a las emanadas de estos instrumentos, son solo algunos ejemplos de ello. Veamos qué sucede al respecto en la República Argentina. Para ello analizaremos su Constitución Nacional (CN) y la jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) intentando dilucidar las dos problemáticas centrales que plantean las relaciones entre las normas de fuente internacional y las de creación interna: la *incorporación* y la relación de *jerarquía* entre ellas¹⁵.

II.2.a). Incorporación

Argentina es un Estado federal¹⁶ que adopta un sistema representativo y republicano de gobierno¹⁷ de concepción monista internacionalista¹⁸ con un orden jurídico a nivel constitucional e infra

¹⁵ GONZALEZ NAPOLITANO, Silvina: “Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, en GONZALEZ NAPOLITANO, Silvina (coord.), *op. cit.*, p. 277

¹⁶ Artículos 1, 5, 121, 126 y 128 de la CN cuyo texto se puede consultar accediendo al siguiente enlace, [en línea] <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>> [Consulta: 16 de mayo de 2021]. A nivel doctrinario, se recomienda consultar la siguiente obra: DEL CASTILLO, Lilian, *El derecho internacional en la práctica argentina. Constitución -Territorio - Organismos*, Buenos Aires, Errepar, 2012, pp. 1-4.

¹⁷ Artículos 1, 22 y 45 de la CN, *ibid.*

¹⁸ Artículos 27, 31, 75 incs. 22 y 24, 99 inc. 11 y 118 así como la Disposición Transitoria Primera, todos ellos de la CN, *ibid.*

constitucional donde se contemplan todas las fuentes del derecho internacional¹⁹.

En relación con la celebración de los tratados internacionales, la CN diseñó un proceso que se refleja en un “acto complejo federal”²⁰ pues se requiere la participación del Poder Ejecutivo Nacional (PEN²¹) que es quién negocia el tratado en sede internacional, adopta su texto y lo autentica²². Luego de ello, el Congreso federal aprueba o desecha

¹⁹ A los artículos citados *ibid*, corresponde agregar para sustentar esta afirmación el artículo 18 de la CN, que al regular las garantías del debido proceso refiere a ciertos “principios generales del derecho” reconocidos por las naciones civilizadas (PGD) a lo que cabe recordar que esta fuente del derecho internacional encuentra su origen en los ordenamientos jurídicos internos con lo cual, la mencionada norma es solo un ejemplo de la presencia de los PGD en el orden jurídico argentino. Por otro lado, el Código Civil y Comercial argentino, refiere, junto con la CN, a los tratados de derechos humanos en los que Argentina sea parte —sin distinguir entre aquellos que tengan jerarquía constitucional y aquellos que tengan solo jerarquía suprallegal, conforme explicaremos más adelante— como normas a tener en cuenta para resolver los casos en los cuales rige dicho Código, así como para interpretar las leyes, agregando en este caso, a los principios y valores jurídicos, arts. 1° y 2° del Código Civil y Comercial, [en línea] <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#2>> [Consulta: 16 de mayo de 2021].

²⁰ Reiterada jurisprudencia del máximo Tribunal sostiene este razonamiento, a modo de ejemplo: i. C.S.J.N., *Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich Gerardo y otro*, Sentencia del 7 de julio de 1992, considerando 17 del voto de la mayoría, [en línea] <<https://www.dipublico.org/3795/ekmekdjian-miguel-angel-c-sofovich-gerardo-y-otros-s-recurso-de-hecho/>> [Consulta: 16 de mayo de 2021], ii. C.S.J.N., *Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)*, Sentencia del 13 de octubre de 1994, considerandos 11 del voto de la mayoría y 23 del voto del ministro Boggiano, [en línea] <<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=359656&cache=1621202275061>> [Consulta: 16 de mayo de 2021] y iii. C.S.J.N., *Méndez Valles, Fernando c/ AM. Pescio SCA s. Ejecución de alquileres*, Sentencia del 26 de diciembre de 1995, considerandos 9 y 10 del voto de la mayoría. [en línea] <<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=368985&cache=1621202690759>> [Consulta: 16 de mayo de 2021].

²¹ Art. 99 inc. 11 de la CN al indicar que “...Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras...”.

²² Artículos 7° a 10° de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados (CVDT). Adoptada en Viena el 22 de mayo de 1969. Entró en vigor el 27 de enero de 1980. Argentina la aprobó por Ley 19.865 del 3 de octubre de 1972 y presentó su instrumento de ratificación el 5 de diciembre de 1972, [en línea] <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217116/norma.htm>> [Consulta: 16 de mayo de 2021].

el tratado²³ —o concordatos celebrados con la Santa Sede— para lo cual —en caso de expedirse de modo afirmativo— si bien la CN no indica la forma en que la aprobación debe manifestarse, el acto se materializa mediante una ley federal que puede o no contener reservas y/o declaraciones interpretativas que —en caso de reflejarse en la ley— operarían como limitaciones bajo las cuales el Poder Legislativo autoriza al Poder Ejecutivo a manifestar el consentimiento en obligarse (MCO) es decir, a concluir la última etapa internacional de celebración del tratado.

Vale aclarar en esta instancia, y para despejar cualquier duda que lo recién indicado pueda generar, que el Congreso federal en Argentina no está investido de atribuciones para actuar en sede internacional, sino que su intervención lo es, en el marco del acto complejo federal —regulado por el derecho interno— por el cual el Congreso aprueba o desecha el proyecto de tratado que ha negociado el PEN. En caso de aprobarlo puede hacerlo con ciertas limitaciones: estableciendo la necesidad de que el Poder Ejecutivo —al concluir la última etapa internacional— deba presentar una reserva, a modo de ejemplo, y por ello entendemos que el acto aprobatorio del Poder Legislativo es por ley formal, pues si el PEN decide finalmente concluir la celebración del tratado, debe hacerlo en cumplimiento de esa autorización conferida por ley. Ante tal situación, y conforme analizaremos más adelante, el PEN podría decidir no avanzar en la conclusión del tratado.

Es pertinente destacar que la última reforma constitucional, que tuvo lugar en 1994, reconoció distintos tratados internacionales mediante una sistematización diferenciada en su texto, no solo en cuanto a la temática —concordatos, tratados de integración, tratados de derechos humanos y otros tratados— sino también en cuanto a su jerarquía —ciertos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional— y también en cuanto a la actuación del Congreso en el

²³ Artículo 75 en sus incs. 22 y 24. Este último inciso, en relación con los tratados de integración celebrados con otros Estados no situados en Latinoamérica, plantea algunas diferencias en la actuación del Congreso en el marco de dicho acto, pues 120 días antes de la aprobación legislativa del tratado, se requiere un acto de conveniencia de aprobar dicho acuerdo, sobre ello regresaremos en el presente apartado.

acto complejo federal mediante el cual se cumple el procedimiento de celebración de los tratados internacionales. Ello por cuanto establece para los tratados de integración²⁴ que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y respetando el orden democrático y los derechos humanos, que cuando son celebrados con Estados de Latinoamérica, requieren de un acto aprobatorio por ley sancionada por mayoría especial, mientras que cuando son celebrados con otros Estados, se precisará un doble acto legislativo: i. con una mayoría especial de miembros presentes se requerirá que el Congreso se expida acerca de la conveniencia de la aprobación del tratado y una vez ello, ciento veinte días después, será aprobado con una mayoría especial de la totalidad de miembros de cada cámara legislativa.

Corresponde añadir que de la práctica constitucional argentina –podríamos aludir también a la Constitución material, como contracara de la Constitución jurídica o formal– surge como “constitucional” la práctica de celebrar los llamados “acuerdos ejecutivos”, sobre los cuales la doctrina ha debatido acerca de su jerarquía, entendiéndolos como *infra legales*²⁵, por no haber sido remitidos al Congreso de la Nación, tal como venimos explicando, y los ubica implícitamente en la Constitución formal, entre las

²⁴ Artículo 75 inc. 24 de la CN.

²⁵ SOLA, Juan Vicente, *El manejo de las relaciones exteriores. La Constitución y la Política exterior*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1997, p. 185. En dicha cita, el autor al que seguimos señala que “[...]la competencia de celebrar tratados internacionales no es presidencial sino conjunta con el Congreso. De aceptarse la primacía presidencial en asuntos exteriores en relación con el Congreso, uno podría admitir los acuerdos del Presidente aún frente a legislación del Congreso anterior, lo cual permitiría al jefe de Estado sustituir con su autoridad la del Poder Legislativo de una manera contraria a la letra y espíritu de la Constitución....en gran medida porque los tratados actuales versan sobre materias muy diversas y tienen consecuencias directas en la legislación general del país [indicando Sola que]...la situación se vería agravada por la circunstancia de que la voluntad del Congreso no podría prevalecer sancionando nuevamente la legislación anterior, ya que los tratados son siempre superior a las leyes nacionales....[d]e esta manera [concluye Sola] debería establecerse una distinción entre los acuerdos puramente ejecutivos y los tratados internacionales en cuanto a su validez con respecto a la legislación vigente, siempre que el acuerdo ejecutivo sea de naturaleza legislativa, pero no cuando sea de naturaleza política...”.

atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional al indicar el art. 99 inc. 11 que el presidente concluye negociaciones²⁶.

Por otro lado, si de celebración de los tratados internacionales estamos reflexionando, corresponde añadir que dicho acto constituyente también confirió al Congreso la atribución de denunciar los tratados de derechos humanos que hayan alcanzado la jerarquía constitucional, pues señala que “...podrán ser denunciados por el [PEN] previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de miembros de cada cámara...”²⁷, haciendo lo mismo con los tratados de integración pues reconoce que “...la denuncia de los tratados [...] exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara”²⁸.

Es necesario en esta instancia realizar una serie de aclaraciones: i. el acto legislativo se presenta como una “autorización” dada por el Poder Legislativo al PEN para MCO lo cual podría o no llevar adelante, pues el “...concluir negociaciones internacionales...”²⁹ es una atribución de este último y el Congreso Federal en nada puede interferir al respecto³⁰, ii. la ley aprobatoria en nada debe confundirse con el acto

²⁶ La jurisprudencia de la CSJN en el caso Dotti también acepta esta práctica, al indicar que cuando el acuerdo ejecutivo se celebra en el marco de un tratado que sí ha sido enviado al Congreso federal, este aprueba la celebración del primero, C.S.J.N., *Dotti, Miguel A. y otro s/ contrabando* (incidente de apelación auto de nulidad e incompetencia), Sentencia del 7 de mayo de 1998, considerando 8° del voto de la mayoría, [en línea]

<<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=430099&cache=1647627250586>> [Consulta: 10 de marzo de 2022]. En igual sentido, GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 402. La autora a la que seguimos realiza esa afirmación, con cita en la obra de VANOSSI, Jorge, R., *Régimen Constitucional de los Tratados*, Buenos Aires, El Coloquio, 1969, p. 148.

²⁷ Artículo 75 inc. 22, 2° párrafo *in fine*. Sobre el tema de la jerarquía, nos ocuparemos en el próximo apartado.

²⁸ Artículo 75 inc. 24.

²⁹ Artículo 99 inc. 11 CN.

³⁰ C.S.J.N., *Frites, Eulogio y Alemán, América Angélica c/ Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto - Recurso de hecho deducido por los actores*, Sentencia del 4 de diciembre de 1995. En dichos autos, si bien la mayoría desestimó el recurso de queja, por entender que el recurso extraordinario federal cuya denegación motivó la queja estaba correctamente rechazado (cf. art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), el ministro Boggiano votó en disidencia por entender que se

de incorporación de un tratado al orden jurídico interno propio de los sistemas dualistas. En el caso argentino, el documento que el Poder Legislativo se encuentra aprobando en esta instancia, es, en dicho momento, un “tratado no concluido” o un “proyecto de futura norma” dado que, para entonces el PEN aún no ha MCO y iii. por la concepción monista que indicamos *supra*, un tratado internacional se incorpora al orden jurídico interno *per se*, cumplidas dos condiciones: iii. a) Argentina debe haber MCO en sede internacional y iii. b) el tratado debe haber entrado en vigor internacional para Argentina³¹.

Por otro lado, y continuando con el análisis de los tratados internacionales en el orden jurídico argentino, cabe concluir que en 1992 el Congreso federal ha sancionado la Ley N.º 24.080³² que ordena la publicación³³ dentro de los quince días hábiles siguientes al

estaba ante una cuestión federal. En el considerando 7º —en especial, párrafo 2º— de su voto afirmó que la participación del Congreso es necesaria, pero no es definitiva. Como complemento de lo ya indicado en relación con la naturaleza compleja y federal del acto de celebración de un tratado, ver el considerando 8º de dicha disidencia, [en línea] <<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=368430&cache=1621203447841>> [Consulta: 5 de enero de 2022].

³¹ GONZALEZ NAPOLITANO, Silvina: “Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, en GONZALEZ NAPOLITANO, Silvina (coord.), *op. cit.*, pp. 279-280 y GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., *Guía para el Conocimiento de los Elementos del Derecho Internacional Público*, Editorial La Ley, Buenos Aires, p. 75.

³² Sancionada el 20 de mayo de 1992, promulgada el 10 de junio de 1992 y publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina (BORE) nro. 27.411 del 18 de junio de 1992, p. 73. [en línea] <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/479/norma.htm>> [Consulta: 15 de mayo de 2021].

³³ Si bien la ley cumple los fines de otorgar publicidad al tratado, pues, como indicamos *supra*, por la postura “monista” que el Estado adopta frente a las normas de fuente internacional, el tratado se incorpora *per se* al ordenamiento jurídico argentino, la ley establece en su art. 3º que cuando el tratado establezca obligaciones a las personas físicas o jurídicas distintas al Estado, será obligatorio a partir de su publicación en el Boletín Oficial, siguiendo lo preceptuado por el Código Civil y Comercial en su art. 5º. Creemos al respecto que, como el Código permite que la norma cobre vigencia también “...desde el día que ellas determinen...”, en el caso de un tratado internacional y conforme a que, por regla, el tratado internacional comienza a ser obligatorio cumplidas las dos condiciones indicadas *a priori*: i. producida la MCO por Argentina y ii. que el mismo haya entrado en vigor internacional para el Estado. En ese caso puntual consideramos que se debería analizar qué tipo de obligación establece a las personas humanas en especial, y de qué clase de tratado se trata, considerando que en el ámbito de los derechos humanos rigen criterios interpretativos especiales como el principio *pro homine*, que podría modificar en ese caso el inicio de la obligatoriedad del tratado en cuestión.

acaecimiento de cualquier acto o hecho en relación con un tratado internacional del cual Argentina sea parte.

En relación con la incorporación al ordenamiento jurídico argentino de normas cuya formación se debe a las restantes fuentes formales principales del derecho internacional, esto es: la costumbre internacional y los PGD, cabe señalar que –por el mismo fundamento que indicamos con los tratados internacionales: la posición monista que Argentina adopta para el derecho internacional– estas normas se incorporan automáticamente al orden interno cumplidas las mismas dos condiciones: i. que Argentina haya hecho conocer su voluntad de regirse por esa norma que, ii. en el plano internacional tenga vigencia efectiva.

La CN menciona las normas del derecho consuetudinario internacional al referir a los principios del derecho de gentes³⁴ y a los principios generales del derecho internacional al establecer la ratificación de la legítima e imprescriptible soberanía argentina sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes por ser parte integrante del territorio nacional, indicando –como un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino– la recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes y de conformidad con los principios de derecho internacional. Ello se entiende como reflejo de la inclusión de normas de la costumbre internacional, tales como el principio de integridad territorial, la soberanía estatal, la solución pacífica de controversias internacionales, para citar algunos a modo de ejemplo.

Complementariamente, corresponde citar la Ley N.º 48³⁵, actualmente vigente, que estableció, por un lado, que la competencia originaria de la CSJN conforme el artículo 117 de la CN en relación con “...*las causas concernientes a Embajadores u otros ministros*

³⁴ Art. 118 de la CN.

³⁵ Sancionada el 25 de agosto de 1863, promulgada el 14 de setiembre de 1863 y publicada en el RN 1863-1869, p. 49. [en línea] <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=116296>> [Consulta: 24 de noviembre de 2021].

diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la Legación, a los individuos de su familia, o sirvientes domésticos... [lo será]...con arreglo a los principios del derecho de gentes...” en el art. 1° inc. 3°. Por otro lado, determinó la jerarquía normativa que deben considerar los tribunales nacionales y los jueces al momento de dictar sus sentencias en donde alude a los tratados internacionales y a los principios del derecho de gentes, en su artículo 21³⁶.

La integración directa del derecho consuetudinario, así como de los PGD, también ha sido reafirmada por la jurisprudencia de la CSJN desde el tiempo clásico hasta la actualidad³⁷. En cuanto a la doctrina, como medio auxiliar para la determinación de las normas del derecho

³⁶ La norma mencionada establece la siguiente ponderación u orden normativo: “Art. 21. – Los Tribunales y Jueces Nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los Tratados con Naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido”.

³⁷ Por ejemplo, en materia de inmunidad soberana y de los organismos internacionales, crímenes internacionales en relación estos últimos con principios generales de derecho como la “cosa juzgada”, y efectuando referencias tales como: “prácticas del mundo civilizado”, “principios elementales”, “principios universalmente aceptados”, e/o: i. C.S.J.N., *Gómez, Samuel c. Embajada Británica*, Sentencia del 24 de junio de 1976, ii. C.S.J.N., *Cabrera, Washington J.E. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, Sentencia del 5 de diciembre de 1983; en estos pronunciamientos la CSJN resolvió conforme a la norma de derecho consuetudinario que reconoce inmunidad a los Estados extranjeros y a los organismos internacionales. En otros pronunciamientos también las fuentes del derecho internacional han estado presentes, C.S.J.N., *Nadel, León y otros. Contrabando*, Sentencia del 6 de abril de 1993 donde el máximo órgano judicial a nivel nacional reconoció a la Costumbre Internacional y a los Principios Generales de Derecho como parte integrante del orden jurídico. Asimismo, y en pronunciamientos más recientes encontramos sentencias donde la CSJN aludió a principios elementales de justicia y a normas de la costumbre internacional con grado de *ius cogens*: sentencia: C.S.J.N., *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*, Sentencia del 13 de julio de 2007 y posteriores. Para profundizar, se recomienda consultar la obra de Lilian del Castillo, *El derecho Internacional en la práctica argentina...*, op, cit, pp. 4-9 y n. 8. Al finalizar nuestro trabajo, analizaremos la sentencia en autos: *Arancibia Clavel* (fallos 327-3312) que constituye un pronunciamiento donde el máximo tribunal para fundar su decisión se vale de todas las fuentes del derecho internacional que surgen expresamente del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es decir, formales en sentido amplio y estricto.

internacional, siguiendo a Lilian del Castillo, “...la Corte, a lo largo de su función interpretativa, hizo amplio uso de este medio...”³⁸.

A mayor abundamiento, nuestra Constitución, al referirse a las normas de fuente internacional: tratados, derecho consuetudinario o PGD, lo hace manteniendo la denominación originaria de ellas, lo cual denota que para incorporarse al orden jurídico argentino no sufren alteración alguna, siendo reflejo elocuente de un procedimiento de incorporación de corte monista. Ello se puede observar en los diferentes articulados de la CN que refieren a ellas³⁹.

II.2.b). Jerarquía

Como indicamos previamente, la República Argentina transitó su último proceso constituyente tendiente a la reforma de su Carta Magna en el año 1994, instancia de suma importancia para el tema de nuestro análisis.

La reforma de la Constitución Nacional operada en 1994 le reconoció a ciertos tratados y declaraciones de derechos humanos la jerarquía constitucional⁴⁰ y permitió que —con posterioridad a ese acto constituyente— otros instrumentos de derechos humanos puedan alcanzar tal jerarquía por una ley del Congreso adoptada por mayoría especial⁴¹. Ello únicamente con respecto a tratados de derechos humanos. Los demás tratados internacionales —es decir, los de integración⁴², y otros tratados internacionales y los concordatos⁴³—

³⁸ DEL CASTILLO, Lilian, *El derecho internacional en la práctica argentina...op. cit.*, p. 9.

³⁹ Ver notas 17, 22, 23, 26, 27 y 33 donde referimos a distintos artículos de la CN.

⁴⁰ Art. 75 inc. 22, párr. 2º. Chehtman reflexiona sobre el valor jurídico de ambas declaraciones de derechos humanos: la universal y la interamericana, que recibieron tal jerarquía en la CN señalando que “[...]la pregunta clave, sospecho, es si estos instrumentos son vinculantes como tales o si pueden haber contribuido al desarrollo de reglas consuetudinarias vinculantes...”, CHEHTMAN, Alejandro, *op. cit.*, p. 7.

⁴¹ Art. 75 inc. 22, párr. 3º. Hoy en día son tres (se cita el año de adopción del texto en el plano internacional y la ley nacional por la que se le otorgó jerarquía constitucional): la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), por Ley N.º 24.820 de 1997, la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (1968), por Ley N.º 25.778 de 2003 y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), por Ley N.º 27.044.

⁴² Art. 75 inc. 24.

gozan de jerarquía supralegal, pero infra constitucional, con la excepción ya mencionada de los acuerdos ejecutivos en los términos allí indicados.

Vale completar aquí lo dicho antes, en relación con la identificación de diversos tratados internacionales, no solo en cuanto a su temática —de derechos humanos, de integración, concordatos y otros tratados— sino también en cuanto a su jerarquía —constitucional y supralegal— y en cuanto a la actuación del Congreso en el acto complejo federal, lo cual ya ha sido analizado en el apartado anterior.

Lo expuesto generó un gran cambio en el régimen constitucional de los tratados internacionales, puesto que —con anterioridad a la reforma constitucional— por imperio del art. 31 —que se mantuvo incólume en la reforma⁴⁴— los tratados internacionales y las leyes poseían la misma jerarquía, dirimiéndose cualquier controversia por los principios de “ley posterior deroga ley anterior” o “ley especial deroga ley general”. El único límite constitucional que reconocían —y actualmente continúa rigiendo— es el respeto por los principios de derecho público de la CN, emanado del art. 27 de la Carta Magna⁴⁵.

Gutiérrez Posse entiende que —si bien el texto constitucional argentino no refiere expresamente a las jerarquías de las normas de derecho consuetudinario internacional ni a los PGD— este límite también le es aplicable al derecho consuetudinario dado que en el derecho internacional no existe jerarquía entre dichas fuentes, y añade que dicho criterio se debe aplicar “...*con más razón*.” a los PGD, con lo cual, las normas de fuente internacional se encuentran en una jerarquía inferior a los principios de derecho público de la CN⁴⁶.

Señala Lilian del Castillo⁴⁷ al respecto, el caso especial de los “poderes de guerra” del Estado al analizar la sentencia de la CSJN en el

⁴³ Art. 75 inc. 22, para. 1º.

⁴⁴ Dada la prohibición expresa de la Ley N.º 24.309 de introducir reformas en la primera parte del texto constitucional.

⁴⁵ Para profundizar, consultar la obra de Vanossi, - Dalla Vía, *op. cit.*, pp. 35-38.

⁴⁶ GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., *op. cit.*, p. 75.

⁴⁷ DEL CASTILLO, Lilian, *op. cit.*, pp. 9-10.

interdicto de recobrar, iniciado por la empresa Merck⁴⁸, indicando que “...si bien es cierto que la [CN] no prevé circunstancias en que puedan no aplicarse las garantías de los artículos 17 y 18 [propiedad y debido proceso] el *ius in bello* admite medidas de embargo, incautación y liquidación de propiedad enemiga...”. No obstante este pronunciamiento, se puede afirmar que la doctrina de la CSJN sostiene que “...la necesaria aplicación [del artículo 27 de la CVDT] ...impone a los órganos del Estado Argentino, una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales, asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria...”⁴⁹.

En honor a la extensión que se ha requerido para el presente trabajo, no podemos explayarnos en demasía para explicar el régimen constitucional argentino de los tratados internacionales previo a la reforma de 1994, pero si corresponde sintetizar la idea valiéndonos de las palabras de González Napolitano al señalar que “...hasta la entrada en vigor de la reforma...la [CN] ocupaba la cúspide de la pirámide jurídica en virtud de los artículos 27, 30 y 31 [Su] interpretación armónica...nos indicaba que por una parte [que] los tratados debían respetar los principios de derecho público constitucionales y por la otra, al establecerse un procedimiento rígido para la reforma constitucional... la [CN] no podría ser modificada por un tratado o por una ley... [añade la autora que] ...ante la falta de normas constitucionales que brindaran un orden jerárquico, la CSJN durante

⁴⁸ En dicho pronunciamiento la CSJN dispuso que “...los poderes de guerra de que está investido el [PEN] son anteriores y aún superiores a la propia Constitución...”, Sentencia Merck Química Argentina c/ Gobierno de la Nación, CSJN, sentencia del 09/06/1948, *ibíd.*

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 21. Del Castillo refiere a una cita del asunto *Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, sentencia del 7 de julio de 1993 en su considerando 3°, donde la CSJN reiteró su doctrina de un año anterior en autos *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo*, Sentencia del 7 de julio de 1992. Ello mismo ha sido ratificado en el voto del ministro Boggiano en el asunto: *Cafés la Virginia*, *op. cit.*, considerando 25. Retomando el criterio inicial planteado por Chehtman en su artículo, en esta doctrina elaborada por la CSJN y mantenida en la actualidad, es que podemos sustentar, junto con el autor citado, la relevancia de esta norma de fuente convencional y consuetudinaria internacional, en la jurisprudencia de la Corte argentina.

varias décadas había considerado a las leyes (o decretos leyes) y los tratados en igual rango...⁵⁰.

La doctrina del máximo tribunal, que comentamos tomando las palabras de González Napolitano, comenzó a cambiar unos años antes de la reforma constitucional y, en cierto modo, podemos decir que inspiró el nuevo orden jerárquico adoptado por la CN en 1994. Al efecto, en el año 1992 al emitir su sentencia en el ya mencionado asunto: *Ekmekdjian c. Sofovich*⁵¹, la CSJN entendió necesario reconocer primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno⁵².

En agosto de 1994, se produce la reforma constitucional, con el efecto ya indicado en la nueva jerarquía constitucional del derecho internacional, en especial en materia de tratados internacionales. La CSJN tuvo oportunidad de expedirse en el caso *Monges, Analía*⁵³ para analizar la jerarquía constitucional asignada a ciertos tratados

⁵⁰ GONZALEZ NAPOLITANO, Silvina, *op. cit.*, p. 288. Allí la autora cita jurisprudencia clásica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que refleja este criterio: *Martín y Cia. Ltd. c/ Administración General de Puertos s/ Repetición*, CSJN, Sentencia del 6 de noviembre de 1963 y *ESSO SA c/ Gobierno Nacional*, Sentencia del 5 de junio de 1968.

⁵¹ CSJN, 1992, *op. cit.*

⁵² Postura ratificada y complementada en su jurisprudencia posterior. *Fibraca, op. cit.*, *Cafés la Virginia, op. cit.*, donde destacamos en esta instancia el voto separado del ministro Boggiano que se refiere al papel del juez nacional interpretando una norma de fuente interna con un tratado, a los efectos de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado señalando como una “...pauta interpretativa ‘favor tractus’: si existen varias interpretaciones posibles de una norma interna relacionada con un tratado internacional, debe elegirse aquella que deje a salvo el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas...” (considerando 15), mientras que en los considerandos 21 y 22 de su voto el entonces ministro explica con gran elocuencia —y acudiendo a las palabras de Hamilton, Madison y Jay en *el federalista*—el cambio de doctrina de la CSJN y en el considerando 29 alude al principio de “efecto directo” del sistema comunitario europeo, diseñado por el Tribunal de la actual Unión Europea en el caso *Vand Gend en Loos* el 05/12/1963. Para analizar mayor jurisprudencia, se recomienda consultar las siguientes obras: GONZALEZ NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 289 y DEL CASTILLO, Lilian, *op. cit.*, pp. 20-26.

⁵³ C.S.J.N., *Monges, Analía c. Universidad de Buenos Aires*, Sentencia del 26 de diciembre de 1996, considerandos 20 a 22, <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-monges-analia-uba-resol-2314-95-fa96000614-1996-12-26/123456789-416-0006-9ots-eupmocsollaf?>> [Consulta: 20 de noviembre de 2021].

internacionales de derechos humanos por el art. 75 inc. 22, al tener que interpretar la resolución 2314/1995 del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires en relación con ciertas normas de la CN, que refieren al derecho a la educación, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es uno a los que la CN le otorga jerarquía constitucional. En dicha oportunidad señaló que *“...los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución... aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquella, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente...”*. En relación con la jerarquía constitucional de ciertos tratados de derechos humanos reconocida en el artículo 75 inc. 22 párrafo 2do. Indicó que: *“... los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer y contradecir...”*⁵⁴. Esta doctrina ha sido confirmada en pronunciamientos posteriores del máximo tribunal⁵⁵.

⁵⁴ Ibid, considerando 20. En igual sentido, Chehtman, Alejandro que, al referirse a esta cuestión señala que: *“...la Corte Suprema hasta el momento esquivó totalmente este problema...”*, CHEHTMAN, Alejandro, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁵ C.S.J.N., *Barsanti, Agustina c. Universidad de Buenos Aires*, Sentencia del 30 de junio de 1998. Sobre ella, González Napolitano señala que ha recibido críticas en orden a destacar que *“...el lenguaje de la [CN] es [jurídico y no informativo]... El texto del artículo 75 inc. 22 no está informando de cierta actividad intelectual realizada por los convencionales; está preservando la vigencia de todos los artículos de la primera parte... a cualquier... colisión con un tratado internacional... Garantizar esa vigencia sí está en el ámbito del control de constitucionalidad...”*. GONZALEZ NAPOLITANO, Silvina, *op. cit.*, p. 292. Como crítica a la ficción diseñada en Monges, frente a la cual estos tratados internacionales con jerarquía constitucional escapan al control de constitucionalidad. Para analizar mayor jurisprudencia, se recomienda consultar la siguiente obra: DEL CASTILLO, Lilian, *op. cit.*, pp. 27-42.

III. Nuestro caso de estudio

Estos temas fueron nuevamente debatidos en autos: “*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita*”, causa n° 259 del 28-8-04⁵⁶, en donde se trataba de dilucidar si correspondía aplicar la prescripción del delito de asociación ilícita con fines de persecución y exterminio de opositores políticos. Los hechos de este caso se remontan al año 2000, cuando se inició una investigación en los tribunales argentinos a los efectos de analizar las responsabilidades por el homicidio del matrimonio compuesto por Carlos Jorge Santiago Pratz y Sofía Cuthbert a manos de la DINA, bajo las órdenes de Augusto Pinochet, durante el periodo de la dictadura militar chilena. A Enrique Arancibia Clavel se lo juzgó por su posible papel en el homicidio y por integrar una asociación ilícita que guardaba como objetivo perpetrar actos de hostigamiento, torturas y desapariciones de personas.

Arancibia Clavel fue condenado como autor del delito de asociación ilícita agravado en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio. La Cámara de Casación declaró la prescripción del delito de asociación ilícita y lo sobreseyó a. Por ello, habiéndose declarado la prescripción del delito por la casación penal, la querella que representaba al gobierno chileno interpuso el recurso extraordinario federal ante la CSJN. En dicho pronunciamiento, la mayoría estuvo conformada por los ministros Zaffaroni, Highton de Nolasco, Boggiano, Petracchi y Maqueda; los votos en minoría fueron aportados por los ministros Belluscio, Fayt y Vázquez.

Dicha jurisprudencia es interesante para su análisis pues, de la lectura minuciosa de los votos que conforman la mayoría, observamos que cada uno de los ministros arribó a la misma conclusión — conformando de ese modo, la opinión mayoritaria— pero por distintos argumentos. Zaffaroni, Highton de Nolasco y Boggiano se expidieron por la irretroactividad de la Convención sobre Imprescriptibilidad de

⁵⁶ C.S.J.N., *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro, s. Homicidio calificado y asociación ilícita*, Sentencia del 28 de agosto de 2004, [en línea] <<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=565288&cache=1621285818857>> [Consulta: 23 de noviembre de 2021].

los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad –como indicamos *supra*, con jerarquía constitucional en nuestro país desde el 2003, o sea, mucho después de los hechos que se le imputaban a Arancibia Clavel– y fundamentaron la no prescripción del delito de asociación ilícita atribuido al imputado en el derecho consuetudinario internacional, es decir no en el derecho internacional de fuente convencional, sí en las normas provenientes de la costumbre internacional. Asimismo, el juez Maqueda compartió la opinión acerca de la irretroactividad de la indicada convención, pero fundamentó la no prescripción del delito en trato en la existencia de principios generales del derecho y de la justicia que permitían declarar esa imprescriptibilidad. Por último, el juez Petracchi se separó de su propia opinión en los autos “Priebke” y fundamentó su voto en la aplicación retroactiva de la señalada Convención, aludiendo a que tal decisión no podía mantenerse en virtud de la evolución de la jurisprudencia emanada de la Corte IDH y los deberes de los Estados en orden al respeto a los derechos humanos.

Por su parte, la minoría –compuesta por los jueces Belluscio, Fayt y Vázquez– adujo que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad no se encontraba vigente al momento de la comisión de los hechos que se le imputaban a Arancibia Clavel y que, por lo tanto, la aplicación retroactiva de la Convención debía desestimarse por violar el art. 18 de la CN, ya que se generaba un conflicto normativo con el art. 75 inc. 22, que nos encontramos analizando. En esa lógica, subyace en la minoría la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad sobre estos tratados, en caso de tal contrariedad normativa.

A modo de colofón de nuestro desarrollo, respetando la extensión solicitada, vale destacar que esta sentencia ha sido la primera de tres pronunciamientos del máximo tribunal⁵⁷ en orden a proceder al juzgamiento de los crímenes del derecho de gentes bajo sus normas, lo que obligó a una resignificación –para estos casos– de

⁵⁷ Luego de la sentencia en autos de Arancibia Clavel, se ha ratificado la doctrina allí elaborada en los asuntos: C.S.J.N., *Simón, Julio Héctor y otros s/ Privación ilegítima de la Libertad*, Sentencia del 14 de junio de 2005 y C.S.J.N., *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. De Casación e Inconstitucionalidad* – Riveros, Sentencia del 13 de julio de 2007 entre otros.

reglas ya consolidadas en el derecho interno tales como la prescripción penal y la cosa juzgada, a la luz de las exigencias del derecho internacional. En la última de estas sentencias, en el caso Mazzeo, la CSJN recoge la necesidad de efectuar el control de convencionalidad requerido por la Corte Interamericana a los Estados en sus sentencias en los asuntos: “*Almonacid Arellano*”, y “*Trabajadores cesanteados*”⁵⁸. Otros temas —vinculados a las relaciones entre normas de fuente internacional e interna— han ocupado la jurisprudencia de nuestra CSJN que, por razones de extensión del presente no podemos tratar, pero que sí corresponde mencionar para informar, pues entendemos que puede resultar de utilidad para la persona que consulte este texto: una de esas temáticas está dada por la obligatoriedad de los actos de los órganos internacionales encargados de interpretar los tratados internacionales con jerarquía constitucional que se han hecho presentes en distintas sentencias⁵⁹.

Concluimos con unas ideas de los magistrados Rossati y Maqueda al señalar que “... *cuando se trata de delitos de lesa humanidad los Estados nacionales tienen el deber ineludible de evitar la impunidad. Y este deber no se agota con la atribución de*

⁵⁸ Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros. v. Chile*, Sentencia del 26 de setiembre de 2006, Corte IDH, *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú*, Sentencia del 24 de noviembre de 2006); Corte IDH, *Gelman v. Uruguay*, Sentencia del 24 de febrero de 2011. Chehtman entiende que, por ejemplo, en el caso argentino, antes aún de estos pronunciamientos interamericanos, ya los tribunales nacionales aceptaban de modo obligatorios los postulados interamericanos y, por ende, adaptaban su orden interno a esos parámetros, CHEHTMAN, Alejandro, *op. cit.*, p. 23. Pronunciamientos como *Giroldi*, lo colocan de manifiesto.

⁵⁹ C.S.J.N., *Giroldi Horacio David, y otro s/ rec. de casación*, Sentencia del 7 de abril de 1995, C.S.J.N., *Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional*, Sentencia del 6 de agosto de 2013, en donde entendió con carácter obligatorio como pauta interpretativa a las opiniones consultivas y las recomendaciones de la Corte y de la Comisión Interamericana, respectivamente, no obstante en jurisprudencia más reciente, pareciera haberse producido un revés en esa doctrina: C.S.J.N., *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico v. Argentina'*, Sentencia del 14 de febrero de 2017. En igual sentido, Chehtman, Alejandro —al referirse a la cuestión planteada en esta nota al pie y, en particular, en la última de las sentencias citadas— al señalar que: “...*En última instancia ambos tribunales coincidieron en una forma de implementación de la decisión de la [Corte IDH] compatible con la solución propuesta por cada una de ellas. Sin embargo, la Corte argentina dejó sentada su capacidad de revisar el contenido de las decisiones de la [Corte IDH], al menos en lo que se refiere a la posibilidad de decisiones ultra vires...*”, CHEHTMAN, Alejandro, *op. cit.*, p. 10.

responsabilidades penales... [y con cita en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalaron los jueces que] ...si bien el principio de seguridad jurídica busca coadyuvar al orden público y la paz en las relaciones sociales, el derecho a un recurso judicial para obtener una reparación por crímenes de lesa humanidad no va en desmedro de este principio, sino que lo fortalece y contribuye a su optimización... ” al reconocer en un reciente pronunciamiento la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de crímenes de lesa humanidad⁶⁰.

Con las palabras de los ministros incorporadas en el párrafo anterior, podemos constatar que, en nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mantiene el criterio sustentado tradicionalmente a lo largo de su jurisprudencia, en relación con el respeto a los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino mediante normas de diversa fuente y la relevancia que —en la jurisprudencia elaborada con posterioridad a la última reforma constitucional— le ha reconocido a ciertas normas identificadas bajo el llamado “neo constitucionalismo” o moderno derecho internacional constitucional.

IV Conclusiones

De los debates analizados en el presente trabajo y el impacto de esos temas en el ordenamiento jurídico interno de los Estados, podemos afirmar que estamos en presencia de un fenómeno de internalización de organizaciones jurídicas supraestatales, a través del cual es cada vez más fuerte la presencia de normas de fuente internacional en las estructuras constitucionales de los Estados.

⁶⁰ C.S.J.N., *Ingenieros, María Gimena c/ Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/ accidente - ley especial*, Sentencia del 9 de mayo de 2019, voto en disidencia de los jueces Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti, considerandos 13 y 7, [en línea] < <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-recurso-hecho-deducido-demandada-causa-ingegnieros-maria-gimena-techint-sociedad-anonima-compania-tecnica-internacional-accidente-ley-especial-fa19000052-2019-05-09/123456789-250-0009-1ots-eupmocsollaf?>> [Consulta: 10 de noviembre de 2021].

En la dinámica que presentan la soberanía de los Estados, los procesos de globalización y mundialización de la sociedad internacional, y la integración regional con el consecuente requisito de estar en conformidad con el régimen democrático y los derechos humanos, se genera un cambio de percepción acerca de las fuentes del derecho internacional y su *aplicación* por los tribunales internos.

A nivel del derecho internacional, la cuestión está centrada en determinar cómo responde ese orden jurídico a una nueva realidad dada por la ampliación de su ámbito de injerencia a nuevas áreas de interés, tales como la integración regional, y los sistemas de protección de los derechos humanos, fenómeno que la Comisión de Derecho Internacional estudió en sus informes sobre la diversificación material y la fragmentación del derecho internacional.

En los ordenamientos jurídicos internos, el desafío está centrado en determinar cómo receptan las constituciones de los Estados este “nuevo” derecho internacional constitucional —o llamado también desde una mirada “interna”, como neo -constitucionalismo— en constante dinamismo y ampliación en cuanto a sus objetos de regulación y en donde la persona física está cada vez más involucrada. Ello sin vulnerar los principios de soberanía y de respeto al orden jurídico interno; en especial, los principios de derecho público materializados en las normas de carácter constitucional.

De todo esto, creemos importante resaltar los aspectos positivos del nuevo escenario en donde el derecho internacional puede actuar como un marco constitucional en la protección de los derechos humanos en el ámbito de los Estados.

Actualmente, la división entre “lo interno” y “lo internacional” es cada vez más difusa y hasta podríamos afirmar que cada vez es más irrelevante determinar con exactitud las relaciones entre unas y otras categorías normativas, pues todo orden jurídico interno guarda como fin tuitivo último la defensa y promoción de valores esenciales, básicos y fundamentales. Por ello, observamos que —dentro del conjunto de normas de fuente internacional— encontramos aquellas que por su contenido son inmodificables, que interactúan con las normas de fuente estatal a través de su recepción por el derecho constitucional de

los Estados y sus órganos judiciales, y que adquieren una jerarquía mayor a otras normas cuyo contenido no determina su carácter “imperativo” o de “orden público”.

Ante el escenario analizado en el presente trabajo, el papel que desempeña el juez nacional es de suma relevancia y en tal sentido, el “diálogo entre jurisdicciones” nacionales e internacionales es clave.

EL VALOR JURÍDICO DE LOS *OBITER Dicta* EN LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

N. Gladys Sabia de Barberis*

SUMARIO: I. Introducción; II. *Obiter dicta* en la Corte Internacional de Justicia; II. 1) Asunto sobre la Compañía anglo-iraní de petróleo (Reino Unido c/Irán); II.2) Asunto “Barcelona Traction, Light, and Power Company Limited” (Bélgica c/España); II. 3) Asunto sobre ensayos nucleares (Australia c/Francia); II.4) Asunto sobre la Orden de Arresto del 11 de abril de 2000 (Congo c/Bélgica); II. 5) Asunto de las plataformas petroleras (Irán c/Estados Unidos de América); II. 6) Opinión consultiva referida a la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares; III. *Obiter dicta* pronunciados por otros tribunales internacionales; IV Marco teórico; IV.1) Orden interno; IV. 2) Orden internacional; V. Reflexiones finales.

I. Introducción

El valor de los *obiter dicta* es analizado, generalmente, desde un punto de vista jurídico, pero no deja de ser interesante hacerlo también, en lo posible, desde una perspectiva metajurídica. Cabe preguntarnos por qué los jueces, sobre todo los que integran tribunales colegiados, hacen, como al pasar, algunas aseveraciones que no constituyen el fundamento de la sentencia u opinión consultiva que se trata y lo hacen no solamente en los considerandos, sino, además, en algunos casos, en la parte dispositiva de su pronunciamiento.

Para comprender el valor de los *obiter dicta* en la Corte Internacional de Justicia (en adelante también, C.I.J. o Corte), es necesario vincularlos con el valor jurídico de las sentencias y de las opiniones consultivas de ese tribunal, así como con temas de orden

* Directora del Instituto de Derecho Internacional del CARI.

general, como el valor del “precedente” judicial y con el proceso de formación del derecho consuetudinario.

Si bien nos dedicaremos a señalar algunos *obiter dicta* en fallos de la C.I.J., estos se han dado también en otros tribunales, tanto permanentes como arbitrales, por lo que analizaremos una opinión consultiva del Tribunal Internacional de Derecho del Mar y dos laudos arbitrales, a título de ejemplo.

En principio, convendría aportar algunas definiciones que tipifican esta figura, a fin de verificar si de ellas surgen rasgos comunes que brinden parámetros concretos para constatar su existencia en casos jurisprudenciales.

Así, el *Diccionario panhispánico del español jurídico* considera que se trata de una “Cuestión que se aborda en una resolución judicial de manera tangencial para corroborar o ilustrar la decisión que se toma, con la que no está, sin embargo, directamente relacionada”¹.

Por su parte, la publicación *Lexique des termes juridiques* explica que se trata de una “Expression de la procédure anglaise, dont la doctrine, sur le continent, fait parfois usage. L'*obiter dictum* qualifie l'argument qui n'entre pas dans la *ratio decidendi*, qui n'est pas invoqué pour faire la décision. S'applique à un raisonnement dénué de force obligatoire, de nature à éclairer l'espèce et à guider le juge”².

André Oraison, autor que profundizó este tema, lo define de la siguiente manera:

“Toujours sur un plan général, l'*obiter dictum* peut être défini comme le point de vue de la cohorte majoritaire d'une instance juridictionnelle sur une question de droit qui n'a aucun rapport direct avec l'affaire qui lui est soumise et qu'elle doit trancher. Il s'agit, en autres termes, d'une affirmation, d'une digression ou parenthèse sans nécessité absolue et qui peut donc toujours être remise en cause”³.

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020.

² *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 13^e édition, p.381.

³ ORAISON, André, “Réflexions générales sur la nature des *Obiter Dicta* enchâssées dans les décisions de justice rendues par la Cour Internationale de Justice. Le cas de l'*obiter*

El *Collins English Dictionary* dice: “1. law. an observation by a judge on some point of law not directly in issue in the case before him on her and thus neither requiring a decision not serving as a precedent, but nevertheless of persuasive authority... 2. any comment, remark or observation made in passing”⁴.

Por su parte, el *Black’s Law Dictionary* lo define como: “A latin term meaning said in passing. It is a judge’s statement that is based on some established facts, but does not affect the judgment”⁵.

Florencia Ratti señala que el *obiter* refleja, no solo etimológicamente, sino también en su aplicación, el “dicho sea de paso”. “Es lo complementario, lo que no es necesario para resolver el caso, lo que se dice a mayor abundamiento”⁶.

En todas estas definiciones surgen criterios comunes: Los *obiter dicta* constituyen observaciones, opiniones o afirmaciones dichas por los jueces al pasar, sobre una cuestión de derecho, pero que no constituyen el fundamento de la sentencia, no configuran la *ratio decidendi* de su fallo, por cuyo motivo se podría haber prescindido de ellos. Sin embargo, se utilizan tanto en los tribunales nacionales como internacionales. Cabe entonces preguntarse: ¿cuál es el objetivo?

II. *Obiter dicta* en la Corte Internacional de Justicia

En esta parte analizaré algunos casos contenciosos, pero también una opinión consultiva en los que la cohorte mayoritaria de la Corte ha

dictum contenue dans l’arrêt Barcelona Traction du 5 février 1970”, *Revue de recherche juridique*. Droit prospectif, vol. N°4, 2002, p.224.

⁴ <http://collinsdictionary.com>

⁵ <https://thelawdictionary.or>

⁶ RATTI MENDAÑA, Florencia, “Dimensiones del precedente judicial: una metodología de estudio de la doctrina del precedente”, *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 2021 Vol.11, N°1 (enero-julio), Santa Rosa FCE y J (UNL Pam); EdUNL Pam; pp.75-107.ISSN 2250,4087e ISSN 2445-8566.<http://dx.10.19137/doi.org/10.19137/perspectivas-v11n1a05>., p. 83.

introducido un *obiter dictum*, ya sea en los considerandos como en la misma parte dispositiva.

*II.1) Asunto sobre la compañía anglo-iraní de petróleo (Reino Unido c/Irán)*⁷.

Me extenderé en este caso que es citado como ejemplo por Oraison⁸ y por otros autores que se ocupan del tema, atento que, a mi entender, no cumpliría con las condiciones que emergen de las definiciones de *obiter dictum* expresadas más arriba.

El Reino Unido demandó a Irán ante la C.I.J., en fecha 26 de mayo de 1951, a fin de ejercer la protección diplomática de la empresa *Anglo-Iranian Oil Company, Limited*, anteriormente *Anglo-Persian Oil Company, Limited*, invocando que, conforme al artículo 36 parágrafo 2 del Estatuto de la Corte, ambas partes habían aceptado la jurisdicción obligatoria de ese tribunal.

Según la demanda, en un contrato celebrado el 29 de abril de 1933 entre el gobierno imperial de Persia y la compañía de marras, se había establecido que, en caso de surgir un diferendo entre ambas partes, se debería someter la cuestión a arbitraje. En virtud de ello, el Reino Unido solicitaba en primer lugar a la Corte que declarara que Irán estaba obligado a someter a arbitraje el diferendo, y a aceptar y ejecutar la sentencia respectiva⁹.

La demanda aseveraba que una ley iraní del 1 de mayo de 1951, sobre la nacionalización del petróleo, anulaba o modificaba unilateralmente, según el criterio del demandante, los términos del contrato de 1933 y comprometía la responsabilidad del gobierno iraní. Una vez presentada la Memoria por el Reino Unido y en los plazos pertinentes para la presentación de la contrademanda, Irán depositó un

⁷ *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil.Co.*, (compétence), *arrêt du 22 juillet 1952*, C.I.J. *Recueil* 1952, p. 93.

⁸ ORAISON, André, op.cit. nota 46, p.274.

⁹ C.I.J., *Recueil*, ibídem, p. 95.

documento titulado *Observations préliminaires: Refus du Gouvernement impérial de reconnaître la compétence de la Cour*¹⁰.

Si bien en la presentación del Reino Unido también se hicieron otras peticiones en forma subsidiaria, solamente me voy a ocupar de lo relativo a la competencia del tribunal, ya que, del resultado de esta excepción dependía que este entrase a considerar el fondo del asunto. Para ello, la Corte consideró necesario analizar la Declaración de Irán – entonces Persia– sobre la aceptación de la competencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que fue firmada el 2 de octubre de 1930 y ratificada por la autoridad competente el 19 de setiembre de 1931, que decía en la parte pertinente:

“Le Gouvernement impérial de Perse déclare reconnaître comme obligatoire, de plein droit et sans convention spéciale, vis-à-vis de tout autre État acceptant la même obligation, c’est-à-dire sous condition de réciprocité, la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale, conformément à l’article 36, paragraphe 2 du Statut de la Cour, sur tous les différends qui s’élèveraient après la ratification de la présente déclaration, au sujet de situations ou de faits ayant directement ou indirectement trait à l’application des traités ou conventions acceptés par la Perse et postérieurs à la ratification de cette déclaration...”¹¹.

Las partes estuvieron de acuerdo en que el diferendo debía referirse a la aplicación de un tratado aceptado por Irán, pero el punto en que diferían era sobre la oportunidad de tal aceptación, es decir si se refería a los celebrados con anterioridad o, por el contrario, con posterioridad a la ratificación de la Declaración.

Para Irán existía una limitación en la Declaración en el sentido que se refería a tratados aceptados por Irán después de la ratificación de la declaración. Para ello invocó que las palabras “et postérieurs a la ratification” siguen inmediatamente a la expresión “traités ou conventions”. En cambio para el Reino Unido, posteriores a la ratificación se refería a la expresión “au sujet de situations ou de faits”¹².

¹⁰ C.I.J., *Recueil*, ibídem, p. 96.

¹¹ C.I.J., *Recueil*, ibídem, p.103.

¹² C.I.J., *Recueil*, ídem.

Según la Corte, si se pretendiera interpretar el texto desde un punto de vista puramente gramatical, ambas tesis serían compatibles con dicho texto.

Es en este punto que la Corte afirmó lo que fue considerado como un *obiter dictum*: “Mais la Cour ne saurait se fonder sur une interprétation purement grammaticale du texte”¹³. La Corte manifestó que no llegaría a un resultado a través de la interpretación textual, por lo que acudió a medios complementarios a fin de dilucidar cuál era la intención del Gobierno Imperial persa al emitir esa Declaración. Ello, en virtud de que la competencia de la Corte se basa en la aceptación de los Estados, motivo por el cual debía buscar la interpretación que estuviese en armonía con la manera natural y razonable de leer el texto, en relación con la intención del Gobierno de Irán en la época en que aceptó su competencia obligatoria¹⁴. Según la Corte, Irán redactó la Declaración de una manera muy restrictiva¹⁵, ya que estaba tratando de cambiar su sistema capitular anterior.

La Corte no encontró ninguna convención sobre comercio suscripta entre el Reino Unido e Irán posterior a la ratificación de la Declaración de 1931. Tampoco estuvo de acuerdo con la pretensión del Reino Unido de considerar que la Corte misma era competente porque los actos del gobierno iraní eran violatorios de los tratados que este mismo país celebrara con Dinamarca y Suiza en 1934 y con Turquía en 1937. Según el criterio del demandante, ellos eran aplicables gracias a la Cláusula de la Nación más favorecida, contenida en los tratados de 1857 y 1903, concluidos entre Reino Unido y Persia. Pero para la Corte, estos últimos tratados no eran aplicables por ser anteriores a la Declaración de 1931 y estableció, además, que el contrato de 1933 era un contrato de concesión entre el gobierno iraní y una empresa privada en la que no era parte el Reino Unido, por lo tanto, no se trataba de un tratado entre Estados. Consecuentemente con ello, la Corte concluyó que no era competente para conocer la instancia introducida por el Reino Unido contra Irán, por sentencia fechada el 22 de julio de 1952.

¹³ C.I.J., *Recueil*, ídem.

¹⁴ C.I.J., *Recueil*, íbidem, p. 104.

¹⁵ C.I.J., *Recueil*, íbidem, p. 105.

Es interesante destacar que Sir Arnold McNair, Presidente de la Corte a la sazón, en su opinión individual, afirmó que estaba de acuerdo con la posición del Tribunal, que el texto de la declaración de aceptación de la competencia de 1931 contenía una ambigüedad y, por tal motivo, era justificable y necesario acudir a las circunstancias exteriores al texto, para que aportasen alguna luz.¹⁶ Para ello, se debía contemplar la situación del Irán en la época de la Declaración, en la que se estaba intentando revisar los tratados y reemplazar su sistema capitular anterior por una serie de tratados de comercio acordes con el nuevo estado de igualdad jurídica que había adquirido. Por esto, era concebible que se hubiera limitado a los tratados de comercio aceptados con posterioridad a la ratificación de su declaración¹⁷.

En su opinión disidente, el Juez M. Read aseveró que, en apoyo a la tesis de la Corte referente a una interpretación restrictiva a la aceptación de la jurisdicción de esta misma, se podrían citar algunos *obiter dicta* de la Corte Permanente de Justicia Internacional (C.P.J.I.) en los casos de las Zonas Francas de la Alta Saboya y del País de Gex y de los Fosfatos de Marruecos¹⁸.

En efecto, en el caso de las Zonas francas de la Alta Saboya y del País de Gex, la Corte manifestó:

“La Cour ne conteste pas le principe invoqué par le gouvernement français et d’après lequel tout compromis, de même que toute clause prévoyant la juridiction de la Cour, doit être interprété strictement; mais cela ne saurait signifier que l’on puisse, sous couleur d’interprétation stricte, donner au compromis un sens selon lequel, non seulement il aurait entièrement omis de poser la véritable question litigieuse, mais encore il l’aurait par soi-même préjugée, ¹⁹.

Asimismo, en el caso de los Fosfatos de Marruecos, la declaración de Francia, que fue ratificada por este país el 23 de abril de 1931, estableció ciertas limitaciones *ratione temporis* al aceptar la jurisdicción

¹⁶ C.I.J., *Recueil*, ibidem, p. 118.

¹⁷ C.I.J., *Recueil*, ibidem, p.120.

¹⁸ C.I.J., *Recueil*, Ibidem, 143.

¹⁹ *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex, arrêt du 7 juin, 1932, C.P.J.I. (Séries A/B, n° 46), pp. 138-139.*

obligatoria de la Corte. En relación con su interpretación, la Corte sienta un principio general al decir:

"La juridiction n'existe que dans les termes où elle a été acceptée. Dans l'espèce, les termes qui forment la base de l'exception *ratione temporis* présentée par le gouvernement français sont parfaitement clairs... Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de recourir à la interprétation restrictive qui, dans le doute, pourrait se recommander à l'égard d'une clause dont l'interprétation ne saurait en aucune cas dépasser l'expression de la volonté des États qui l'ont souscrite"²⁰.

El Juez Read manifestó que la Corte, a pesar de reconocer la existencia de los *obiter dicta* referentes a la interpretación restrictiva de la cláusula de atribución de la jurisdicción a la Corte, en ninguno de los dos casos citados como antecedentes fundó su posición en esa interpretación y no les reconoció valor vinculante. Para dicho Juez, el artículo 38 del Estatuto de la Corte es imperativo y no discrecional y cuando se refiere a las decisiones judiciales como medio auxiliar de determinar las reglas de derecho, se refiere a su propia jurisprudencia y a la de su antecesora, y agregó: "Je suis convaincu qu'elle comprend les principes appliqués para la Cour à la base de ses décisions. Il est toutefois non moins clair que cette expression ne peut s'interpréter de manière à forcer la Cour à appliquer les opinions incidentes (*obiter dicta*)"²¹:

Respecto de los dos casos citados por el Juez Read, no me cabe duda que los jueces se refirieron a la interpretación restrictiva de los instrumentos que le otorgan competencia a la Corte, de manera general, en carácter de *obiter dicta*, ya que no fundamentaron en estos la resolución de tales asuntos.

Sin embargo, en el caso de *l'Anglo-Iranian Oil Company*, la Corte interpretó efectivamente en forma restrictiva su competencia, alejándose de la interpretación textual e indagó cual fue la intención de la Partes al conceder jurisdicción a la Corte para dirimir las controversias, llegando a la conclusión que no era competente.

²⁰ *Affaire des Phosphates du Maroc (Exceptions préliminaires), arrêt du 14 juin 1938, C.P.J.I. (Série A/B, Fascicule 74), pp. 23-24.*

²¹ *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil.Co. (compétence), arrêt du 22 juillet 1952, C.I.J., Recueil 1952, p.143.*

Es decir, que ya en este caso, la interpretación restrictiva no constituiría un *obiter dictum* sino que habría evolucionado hacia una norma consuetudinaria.

Bardonnet, en un trabajo en el que analiza la incidencia de la puntuación en la redacción, tanto de las declaraciones unilaterales como de las convenciones, manifestó que en el caso que analizamos, ateniéndose al texto de la Declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte con limitaciones, esta hubiera llegado al mismo resultado analizándola gramaticalmente, atento que no existe una coma después de Perse: “par la Perse et postérieurs à la ratification de cette déclaration”, pues, de esa forma era evidente desde el punto de vista de la gramática francesa, que los tratados tendrían que ser posteriores a la ratificación de la Declaración. Sin embargo, la Corte no se detuvo en esa interpretación gramatical y consideró necesario investigar la intención del Irán al formularla y manifestó que ese *obiter* era “a fait fortune”²².

En efecto, ese presunto *obiter dictum* fue reproducido en términos idénticos en el fallo de la Corte del 18 de diciembre de 1978, en el caso relativo a la Plataforma continental del Mar Egeo entre Grecia y Turquía, por el que declaró su incompetencia para conocer la demanda que Grecia introdujo el 10 de agosto de 1976²³. Grecia presentó diversos fundamentos para invocar la competencia de la Corte en el Acta General de 1928, para el arreglo pacífico de las controversias internacionales.

Turquía, por su parte, remitió el 24 de abril de 1978, a través de su Embajador en los Países Bajos, una nota diciendo que la Corte era manifiestamente incompetente, por lo que su Gobierno no tenía intención de designar un agente ni de presentar una contramemoria. Sin embargo, en ocasión de la solicitud de medidas provisionales, Turquía presentó observaciones y aseguró que, independientemente de la cuestión de saber si la mencionada Acta General de 1928 estaba vigente, el asunto de la plataforma continental del Mar Egeo quedaba fuera de la

²² BARDONNET, Daniel, “Marginalia: à propos de la ponctuation dans le processus interprétatif en droit international”, en *Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos, Droit et Justice*, éditions Pedone, Paris 1999, p. 20.

²³ *Affaire du Plateau continental de la mer Egée, arrêt du 19 décembre 1978*, C.I.J., Recueil 1978, p.3.

competencia de la Corte en virtud de la reserva *b*), inserta en la declaración que había adjuntado Grecia al instrumento de adhesión al Acta mencionada y que decía:

“Sont exclus des procédures décrites par l’Acte général (...) *b*) les différends portant sur des questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des États et, notamment, les différends ayant trait au statut territorial de la Grèce, y compris ceux relatifs à ses droits de souveraineté sur les ports et ses voies de communications”²⁴.

Grecia sostuvo que la controversia sobre la plataforma continental del Mar Egeo no caía bajo la reserva *b*) porque de acuerdo con una interpretación esencialmente gramatical, se aplica a los diferendos relativos a su *status* territorial, pero únicamente cuando se referían a cuestiones que el derecho internacional dejaba a la competencia exclusiva del Estado²⁵. En cambio, para Turquía se trataba de dos reservas diferentes.

En oportunidad de analizar la reserva, la Corte citó ese principio del caso *Anglo-Iranian Oil Co.*: “la Cour ne saurait se fonder sur une interprétation purement du texte”²⁶. Por ello investigó distintas circunstancias que rodearon a la reserva *b*) y, en tal sentido, encontró en la propia documentación que aportó Grecia, que en los años posteriores a la primera guerra mundial su preocupación esencial era precaverse de un resurgimiento de las aspiraciones de Bulgaria de tener un acceso directo al mar, que había perdido en virtud de las reformas territoriales operadas por los tratados de Paz. Así, el Tribunal analizó la posición de Grecia al demandar a Turquía, aseverando que su reserva de *status* territorial estaba incorporada a su reserva de competencia exclusiva²⁷.

En definitiva, la Corte, de acuerdo con un exhaustivo análisis, llegó a la conclusión de que el Acta General de 1928 contenía dos reservas, una relativa a la jurisdicción interna y otra al *status* territorial. Siguiendo con su posición, Grecia insistió en que debía ser interpretada en forma restrictiva en razón del contexto histórico en que esas palabras fueron introducidas, citando los casos de la Corte Permanente y de la

²⁴ C.I.J., *Recueil* 1978, p. 20.

²⁵ C.I.J., *Recueil*, ibídem, p. 21.

²⁶ C.I.J., *Recueil*, ibídem, p. 23.

²⁷ C.I.J., *Recueil*, ídem

Corte Internacional de Justicia relativos a la interpretación de las declaraciones unilaterales de aceptación de la jurisdicción, tales como el caso de la *Anglo-Iranian Oil Co.* y de los Fosfatos de Marruecos²⁸.

Justamente, la Corte entendió que de tales casos se desprendía claramente que para interpretar la reserva *b)* en forma restrictiva debía tenerse en cuenta la intención del Gobierno de Grecia en la época en que depositó el instrumento de adhesión al Acta general²⁹.

Por lo tanto, la Corte, una vez en posesión de todos los antecedentes, concluyó que la expresión “*ayant trait au statut territorial de la Grèce*”, que figura en la reserva *b)*, debía ser interpretada como una forma genérica de designar todas las cuestiones que legítimamente pueden ser consideradas entrando en la noción de *statut territorial* en derecho internacional³⁰.

Sin embargo, en estos dos casos ese principio fundamentó las sentencias, por lo que no encuadraría en las pautas que tipifican los *obiter dicta*.

De lo analizado se desprende que, en los casos en que se discute la competencia del Corte, la que depende de la aceptación de las Partes, la Corte sentó el principio de que la interpretación del instrumento en que consta debe ser restrictiva, por lo que no puede ser meramente gramatical, sino que es necesario desentrañar la intención del Estado al momento de formularla.

Por lo demás, este principio, se lo califique o no de *obiter dictum* no se aleja de la práctica en materia de interpretación, incorporada a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, ya que si bien su artículo 31 se refiere a la Regla general de interpretación, el artículo 32 que se refiere a medios complementarios tiene en cuenta no solo los trabajos preparatorios, sino también las circunstancias del caso cuando la interpretación dada de acuerdo al artículo 31 deje ambiguo u

²⁸ C.I.J., *Recueil*, ibídem, p. 28.

²⁹ C.I.J., *Recueil*, ibídem, p. 29.

³⁰ C.I.J., *Recueil*, ibídem, p.262.

oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Como expresan Dailier y Pellet:

“En réalité, la synthèse très remarquable effectuée par les articles 31 a 33 de la Convention de Vienne, traduit assez fidèlement des tendances générales de la pratique, même s’ils ne pouvaient rendre compte de toutes ces nuances. Et l’ordre des moyens d’interprétation y figurant est, en effet, celui qui suit la jurisprudence dominante: d’abord le texte; ensuite le contexte; puis la pratique ultérieure et les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, étant précisé qu’il n’y a pas de gradation rigide entre ces divers moyens d’interprétation”³¹.

II.2) Asunto “Barcelona Traction, Light, and Power Company Limited” (Bélgica c/España)³²

Este caso es emblemático, pues contiene un *obiter dictum* de gran trascendencia, por lo que es conveniente analizarlo en relación con los antecedentes que ocasionaron su inserción, atento a que refleja con claridad el motivo que llevó a la Corte a referirse, sin ser necesario para el asunto en cuestión, a las obligaciones *erga omnes*.

La primera demanda de Bélgica contra España ante la Corte Internacional de Justicia se introdujo el 23 de setiembre de 1958, y tenía por objetivo exigir la reparación del perjuicio causado a los ciudadanos belgas que eran accionistas de esa compañía de nacionalidad canadiense, por actos pretendidamente contrarios al derecho internacional, ejecutados por órganos del Estado español. Más adelante, el agente belga presentó el desistimiento de la demanda en nombre de su gobierno, en virtud de que se realizarían negociaciones entre los representantes de los intereses privados en causa³³.

Como evidentemente esas negociaciones no obtuvieron resultado, el Gobierno belga introdujo una nueva demanda el 19 de junio de 1962. Por su parte, España presentó cuatro excepciones preliminares. Las dos

³¹ DAILLET, Patrick et Pellet, Alain, *Droit International Public*, Paris, L.G.D.J., 1999, p.262.

³² *Affaire “Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited” arrêt*, C.I.J. Recueil, 1970, p. 3.

³³ C.I.J., *Recueil*, ibídem, p. 6.

primeras fueron rechazadas por la Corte por sentencia del 24 de julio de 1964 y la tercera y cuarta se adjuntaron para su tratamiento al fondo del asunto. En este trabajo nos detendremos únicamente en la tercera excepción preliminar interpuesta por España por considerar que la demanda era inadmisibile, dado que el Gobierno belga no estaba calificado para intervenir o presentar una demanda judicial por cuenta de los accionistas belgas de la sociedad canadiense³⁴.

Bélgica alegó que las autoridades administrativas españolas se comportaron, con respecto a la *Barcelona Traction* y sus accionistas, de una manera abusiva, arbitraria y discriminatoria con el objetivo de facilitar la transferencia del control de los bienes de esa sociedad a un grupo privado español. En definitiva, lo que debía dilucidar la Corte era si Bélgica tenía personería para ejercer la protección diplomática de los accionistas belgas de una sociedad que se constituyó y tenía sede en Canadá, aunque ejerciera la explotación de sus negocios en España, país que había realizado los actos que Bélgica consideraba ilícitos en perjuicio de la sociedad, entre ellos, la declaración de quiebra.

La Corte consideró que existía un vínculo efectivo entre Canadá y la sociedad y que era a ese país al que le correspondía, en todo caso, ejercer la protección diplomática. Distinto hubiese sido si las medidas españolas se hubieran tomado directamente contra los intereses de los accionistas.

En tal sentido, la Corte puntualizó que no fue objeto de discusión en esa jurisdicción que la sociedad se constituyó y fijó su sede estatutaria en Canadá y que se regía, por su libre elección, por el derecho canadiense y continuó en la misma situación durante más de cincuenta años y, que tal carácter figuraba en los informes del fisco canadiense³⁵. No obstante que en un momento dado la protección diplomática por parte del Gobierno canadiense dejó de ejercerse por motivos no claramente revelados, la Corte consideró, que: “Le gouvernement canadien n’en a pas moins conservé qualité pour exercer la protection diplomatique: aucune obstacle d’ordre juridique ne l’a empêché de le

³⁴ C.I.J., *Recueil*, ídem.

³⁵ C.I.J., *Recueil*, íbidem, p. 43.

faire; aucun fait n'est intervenu qui eut rendu cette protection impossible"³⁶.

Finalmente, la Corte rechazó la demanda belga porque no pudo acreditar su calidad para ejercer la protección de sus nacionales, accionistas de la *Barcelon Traction*. En este contexto, donde estaban en juego solamente intereses privados, tanto de la sociedad como de los accionistas, la Corte introdujo un verdadero *obiter dictum*, haciendo una distinción entre las cuestiones de acción privada y aquéllas en las que existe una *actio popularis*.

"33.... Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés: les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. 34. Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la lois des actes d'agression ou du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international public général...; d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel"³⁷.

Oraison considera que ese *obiter dictum* contribuyó a asegurar el progreso del derecho internacional en el dominio de los derechos fundamentales de la persona humana "en partenariat tout particulièrement avec les opinions dissidentes rédigées sous l'arrêt sud-ouest africain, rendu par la Cour de la Haye le 18 juillet 1966(II)"³⁸.

Este último fallo fue emitido cuatro años antes que el de la *Barcelona Traction* y la Corte se ciñó a un criterio muy conservador y por ello no tuvo en cuenta que el país demandado había incumplido las obligaciones del Mandato instituido por la Sociedad de las Naciones y

³⁶ C.I.J., *Recueil*, ibídem, p. 44.

³⁷ C.I.J., *Recueil*, ibídem, p. 32,

³⁸ ORAISON, André, *op.cit.*, p. 225.

tampoco su práctica del *apartheid*. Se limitó a considerar que los Estados demandantes, Liberia y Etiopía no tenían, a título individual, ningún derecho para reclamar sobre el cumplimiento del Mandato, ya que ello solo le correspondía a la Sociedad de las Naciones³⁹.

Así el fallo estableció: "...la Cour constate que les demandeurs ne sauraient être considérés comme ayant établi l'existence à leur profit d'un droit ou intérêt juridique au regard de l'objet des présentes demandes, en conséquence, la Cour doit refuser d'y donner suite"⁴⁰.

Oraison calificó duramente ese fallo de 1966 y dijo que los comentarios políticos y jurídicos de todos los continentes lo consideraron nefasto. Este mismo autor denunció la injusticia en que incurrieron los jueces que tuvieron esa postura y consideró que se hicieron cómplices de la política del *apartheid*.

Cito en esta parte a Oraison porque me parece muy interesante todo su planteo y, especialmente, su pregunta de cómo la Corte pasó tan rápidamente de la estrategia de la fosilización o del inmovilismo a la estrategia de la apertura encarnada por el *obiter dictum* de la *Barcelona Traction*, al que califica de redentor⁴¹. El mismo autor ensaya la respuesta porque describe las medidas que se tomaron para obtener una Corte menos conservadora, específicamente la renovación de los jueces. Para Oraison, la nueva conformación de la Corte en un contexto jurídico más favorable a los países progresistas, como así también debido a una evolución jurisprudencial significativa, realizó una inevitable reconversión bajo la forma de un simple *obiter dictum*⁴².

II. 3) Asunto sobre ensayos nucleares (Australia c/Francia)⁴³

El 9 de mayo de 1973, Australia presentó ante la Corte Internacional de Justicia una demanda introductoria de instancia contra Francia, en virtud de los ensayos nucleares que este país realizaba en la

³⁹ *Affaire Sud-Ouest -africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 33.*

⁴⁰ C.I.J., *Recueil*, ibidem, p. 51.

⁴¹ ORAISON, André, *op. cit.*, p. 247.

⁴² ORAISON, André, *op.cit.*, p. 251.

⁴³ *Affaire des Essais nucléaires (Australie c/France) arrêt du 20 décembre 1974, C.I.J., Recueil 1974, p. 253.*

atmósfera sobre el océano Pacífico Sur, especialmente sobre el atolón de Mururoa. El objeto de la demanda consistía en que la Corte declarase que la continuación de los ensayos nucleares de ese país en la atmósfera del Pacífico Sur no eran compatibles con las reglas del derecho internacional y le ordenase no efectuar más tales ensayos⁴⁴.

En un trabajo anterior manifesté que la sentencia de la Corte del 20 de diciembre de 1974 es invocada en referencia a la figura de los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional, pero no en cuanto a la protección del medio ambiente, que era el tema objeto de ese trabajo⁴⁵.

En efecto, la Corte en realidad no se detuvo a considerar si los ensayos eran o no compatibles con las reglas del derecho internacional, sino que se fundó en un comunicado de la presidencia de la República del 8 de junio de 1974⁴⁶, y en la declaración formulada por el mismo Presidente en la conferencia de prensa del 25 de julio de 1974⁴⁷, precisando en ambas oportunidades que los ensayos nucleares efectuados en la atmósfera en 1974 serían los últimos. Por su parte, el Ministro de Defensa francés, en una entrevista televisiva otorgada el 16 de agosto de 1974 y en una conferencia de prensa desarrollada el 11 de octubre de 1974, dijo que no se harían ensayos aéreos en 1975 y que Francia estaba en condiciones de realizar ensayos subterráneos, y también expresó el mismo sentido la declaración del Ministro de Relaciones Exteriores ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 25 de setiembre de 1974⁴⁸.

En virtud de tales declaraciones, la Corte tomó un atajo y en lugar de abocarse a dilucidar si los ensayos nucleares en la atmósfera estaban reglados o no por el derecho internacional, consideró que ante tales dichos se encontraba satisfecha la pretensión de Australia y que no

⁴⁴ C.I.J., *Recueil*, ibidem p. 256.

⁴⁵ SABIA DE BARBERIS, Gladys, "La protección del Medio ambiente en la Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, A.A.D.I., XII, 2003, p. 116.

⁴⁶ C.I.J., *Recueil*, p. 265.

⁴⁷ Ibidem, p. 266.

⁴⁸ Ibidem, p. 266.

había razón para continuar un procedimiento que sabía condenado a “rester stérile”⁴⁹.

Este fallo fue frustrante en el caso concreto, tanto desde el punto de vista ambiental como por no dirimir tampoco el fondo del asunto en forma integral. En este sentido, compartimos los argumentos del voto disidente conjunto de los jueces Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga y Sir Humphrey Waldock, que consideraron que el fallo de la Corte presuponía que Australia solo quería obtener la cesación de los ensayos a partir de la fecha del fallo. En cambio, para los jueces disidentes la cuestión aún aparecía litigiosa porque debería haberse expedido sobre el fondo del asunto, es decir, acerca de si los ensayos nucleares en la atmósfera que habían tenido efectivamente lugar eran compatibles con el derecho internacional⁵⁰.

No obstante las críticas formuladas y además del espaldarazo que el fallo otorgó a la teoría de los actos jurídicos unilaterales, se introdujo en los considerandos un *obiter dictum* que debe ser analizado. La Corte no se refirió a las declaraciones de las autoridades del gobierno francés como válidas únicamente en relación con Australia, sino que puntualizó que se hicieron en forma pública fuera de la Corte y *erga omnes* aún si en primer lugar fueron comunicadas al gobierno australiano.

Así, en las partes pertinentes del parágrafo 51 del fallo expresa: “Quand il a annoncé que la série d’essais atmosphériques de 1974 serait la dernière, le Gouvernement français a signifié par là à tous les États du monde, y compris le demandeur, son intention de mettre effectivement fin à ces essais. Il ne pouvait manquer de supposer que d’autres États pourraient prendre acte de cette déclaration et compter sur son effectivité.... L’objet des déclarations étant clair et celles-ci étant adressées à la communauté internationale dans son ensemble, la Cour tient qu’elles constituent un engagement comportant des effets juridiques. La Cour estime que le président de la République, en décidant la cessation effective des essais atmosphériques, a pris un engagement vis-à-vis de la communauté internationale à qui il s’adressait...”⁵¹.

⁴⁹ Ibidem, pp. 270-271.

⁵⁰ Ibidem, p. 371.

⁵¹ Ibidem, pp. 269-270.

El fallo, aún por el atajo que tomó, podría haberse referido exclusivamente a la conducta de Francia en relación con Australia, pero fue más allá y se expidió sobre algo que no le había sido solicitado y que no tenía incidencia en el asunto en disputa. En este sentido, Brigitte Stern consideró que: “La Cour a voulu aller plus loin et a tenu à constater l’obligation contractée pour la France à l’égard de la communauté internationale dans son ensemble...”⁵².

Por tal motivo, la misma autora se pregunta si se trata de un *obiter dictum* y contesta:

“Il semble qu’on puisse donner à cette question une réponse positive, dans la mesure où une constatation aussi générale n’était pas nécessaire à la solution du litige entre l’Australie et la Nouvelle Zélande. Il y a donc *obiter dictum* dans la mesure et dans la mesure seulement, où la Cour constate l’obligation de la France à l’égard d’États autres que l’Australie et la Nouvelle-Zélande et peut être les îles Fidji, qui étaient intervenues à l’affaire”⁵³.

En esta oportunidad y repensando la posición de la Corte en considerar la obligación de Francia respecto de toda la comunidad, entiendo que indirectamente consideró que era una conducta que dañaba el medio ambiente, porque si así no hubiese sido no hubiese tenido motivo para extender esa obligación respecto de toda la comunidad internacional.

*II. 4) Asunto de la Orden de Arresto del 11 de abril de 2000 (Congo c Bélgica)*⁵⁴

La República Democrática del Congo promovió, el 17 de octubre de 2000, la instancia ante la Corte Internacional de Justicia contra Bélgica, agravándose de que el Poder Judicial belga, al emitir la Orden de Arresto del 11 de abril de 2000 contra el entonces Ministro de Relaciones Exteriores del Congo, violó varias normas del derecho

⁵² BOLLEKER-STERN, Brigitte, “L’Affaire des Essais nucléaires français devant la Cour International de Justice”, en *l’Annuaire Français de Droit International* (AFDI), volume 20, 1974, p. 331.

⁵³ BOLLEKER-STERN, Brigitte, op.cit., p. 332.

⁵⁴ *Affaire Mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c/Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p.3.

internacional. En efecto, en dicho escrito introductorio alegó que Bélgica había violado el principio según el cual un Estado no puede ejercer su poder sobre el territorio de otro Estado, el principio de la igualdad soberana entre todos los miembros de las Naciones Unidas, así como la inmunidad diplomática del Ministro de Relaciones Exteriores de un Estado soberano, reconocido por la jurisprudencia de la Corte y que resulta del artículo 41, parágrafo 2 de la Convención de Viena de 1961, sobre relaciones diplomáticas⁵⁵.

Sin embargo, tanto en la Memoria como en las conclusiones finales, el Congo circunscribió ese planteo manifestando que Bélgica, al emitir y difundir internacionalmente la Orden de Arresto, violó la regla de derecho internacional consuetudinario relativo a la inviolabilidad e inmunidad penal absoluta de los Ministros de Relaciones Exteriores.

Por lo tanto, peticionaba a la Corte que Bélgica debía dejar sin efecto la Orden de Arresto y difundir que renunciaba a solicitar a los demás países su cooperación para la ejecución del mandato ilícito, además de la reparación pertinente.

En la Orden se acusaba al funcionario Abdulaye Yerodia Ndombasi de haber pronunciado discursos incitando al odio racial en agosto de 1998, lo que produjo consecuencias graves. Estos actos eran punibles en Bélgica en virtud de la Ley del 16 de junio de 1993, modificada por la del 10 de febrero de 1999, que les permitía a los jueces belgas conocer las infracciones previstas, independientemente del lugar donde fueran cometidas.

Cabe aclarar que en el curso de las audiencias consagradas al examen de la demanda, el funcionario acusado dejó de ser Ministro de Relaciones Exteriores, pasando a ser designado Ministro de Educación y luego cesó de ser agente estatal.

Bélgica planteó cuatro excepciones, ya que debido a la situación manifestada en el párrafo anterior, consideraba que ya no existía un diferendo, la demanda había quedado sin objeto, se habían modificado radicalmente los hechos y que, además, había tomado la forma de una

⁵⁵ C.I.J., *Recueil*, ibídem, p. 6.

acción para recrear la protección diplomática del agente y que, a tal efecto, este no había agotado todas las vías de los recursos internos. Sin embargo la Corte rechazó las excepciones, en oportunidad de la sentencia, declarando admisible la demanda.

Pero lo importante para este trabajo es que, a título subsidiario, Bélgica hizo valer lo siguiente: “au cas où la Cour [déciderait] qu’elle est compétente et que la requête était recevable,...la règle *non ultra petita* limite[rait] [sa] compétence...aux questions qui font l’objet des conclusions finales [du Congo]”⁵⁶.

Bélgica expuso que en la primera presentación el Congo realizó una doble fundamentación, por un lado la incompetencia universal del Juez belga y, por otro, la violación de la inmunidad de jurisdicción que amparaba a su Ministro de Relaciones Exteriores. Sin embargo, en las conclusiones finales, ya no pretendió que Bélgica se hubiese arrogado equivocadamente una competencia universal en ausencia, sino que se circunscribió a considerar que la Orden era ilícita porque violaba la inmunidad de jurisdicción. Por lo tanto, la Corte no podía pronunciarse sobre la cuestión de la competencia universal en una sentencia sobre el fondo del asunto⁵⁷.

Sobre este punto, la Corte recordó que existe un principio, bien establecido, según el cual debe responder a las peticiones de las partes tal como se establecen en sus conclusiones finales y que, por lo tanto, no debe estatuir sobre puntos no comprendidos en dichas peticiones. Pero aquí introdujo un *obiter dictum*:

“Si la Cour ne peut donc pas trancher des questions qui ne lui ont pas été soumises, en revanche la règle *non ultra petita*, ne saurait l’empêcher d’aborder certains points de droit dans sa motivation. Aussi, la Cour ne saurait-elle en l’espèce se prononcer, dans le dispositif de son arrêt, sur la question de savoir si le mandat d’arrêt litigieux, émis par le juge d’instruction belge en vertu de la compétence universelle dont il se réclame, est conforme sur ce point aux règles et principes du droit international gouvernant les compétences des juridictions nationales. Toutefois, il ne s’ensuit pas que la Cour ne puisse aborder, si elle l’estime

⁵⁶ C.I.J., *Recueil*, ibidem, p. 18.

⁵⁷ C.I.J., *Recueil*, ibidem, p. 19.

nécessaire ou souhaitable, tel ou tel aspect de cette question dans les motifs de son arrêt”⁵⁸.

La Corte declaró en la sentencia del 14 de febrero de 2002 que el Mandato y su difusión sobre el plano internacional han constituido violaciones de la obligación jurídica del Reino de Bélgica, respecto de la República Democrática del Congo, de desconocer la inmunidad de jurisdicción penal que gozaba el Ministro de Relaciones Exteriores en ejercicio, de acuerdo con el derecho internacional⁵⁹.

Es decir, que la respuesta de la Corte se ha ceñido a lo exclusivamente peticionado tanto en la Memoria como las conclusiones finales, pero es interesante destacar que la Corte, en los considerandos, dejó bien asentada su posición de que podía abordar distintos aspectos de la cuestión siempre que lo considere necesario. Elena Pacheco Bladino, al comentar la posición de la Corte respecto a la posibilidad de abordar otros aspectos distintos a los que debía resolver, entendió que se trataba de “una oda a los *obiter dicta*”. Esta autora, al analizar los dichos de la Corte que hemos transcrito manifestó: “De lo que podemos concluir que si bien la función judicial termina en la *res judicata*, se debe circunscribir a lo solicitado por las partes, la facultad de incluir *obiter dicta* no tiene límite alguno”⁶⁰.

II. 5) Asunto de las plataformas petroleras (Irán c/Estados Unidos de América)⁶¹

En noviembre de 1992, Irán demandó ante la Corte Internacional de Justicia a los Estados Unidos de América (EE.UU.), porque este país atacó y destruyó tres complejos de producción petrolera *off shore*, propiedad de la *National Iranian Petroleum Company* y explotadas por esa sociedad con fines comerciales, los días 19 de octubre de 1987 y 18

⁵⁸ C.I.J., *Recueil*, *ibidem*, p. 19.

⁵⁹ C.I.J., *Recueil*, *ibidem*, p. 33.

⁶⁰ PACHECO BLADINO, Tania Elena, “La *RES JUDICATA* en la Corte Internacional de Justicia: Un enfoque práctico”, Tesis Doctoral en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, *Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Fundación Ortega y Gasset*. España, 2011, p. 80. (40181_pacheco-tania.pdf).

⁶¹ *Affaire Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. *Recueil* 2003, p. 161.

de abril de 1988. Atento a ello, requirió a ese tribunal que EE.UU. reparara íntegramente los daños que tal conducta había ocasionado⁶². Para Irán, EE.UU. había violado el parágrafo 1 del Artículo X del Tratado de amistad, comercio y derechos consulares suscripto en 1955 entre ambos países, que prescribe: “Il y aura liberté de commerce et de navigation entre les territoires des deux Hautes Parties Contratantes”. A su vez, basó la competencia de la Corte en el parágrafo 2 del artículo XXI del citado Tratado.

Para Irán, el petróleo era fundamental para solventar los costos de la guerra con Irak, ya que este asunto se desarrolló en el contexto de la guerra Irán-Irak y alegó que la destrucción de las plataformas atentaba contra el ejercicio del comercio a través del Golfo Pérsico. Por su parte, EE.UU. denunció un ataque misilístico el 27 de octubre de 1987 contra el buque petrolero Sea Isle City, que era propiedad de Kuwait, pero rematriculado en ese país, cerca del puerto de Kuwait, y también que en 1988 el navío de guerra de EE.UU, Samuel B. Roberts, chocó con una mina tendida en aguas internacionales cerca de Barhein. Ambas situaciones EE.UU las atribuyó a Irán.

En un primer momento, antes de que se llevara el asunto a la Corte, ninguna de las dos partes se refirió al Tratado de 1955 y EE.UU. consideraba que su accionar se basaba en el derecho a la legítima defensa, según las reglas del derecho internacional. Por tal motivo, planteó la incompetencia de la Corte atento que el Tratado mencionado no preveía acciones que involucraran el empleo del uso de la fuerza. Sin embargo, para la Corte: “La violation, par l’emploi de la force, d’un droit qu’une partie tient du traité est aussi illicite que le serait sa violation par la voie d’une décision administrative ou par toute autre moyen”⁶³. En definitiva, en el fallo del 12 de diciembre de 1996, rechazó las excepciones preliminares y se declaró competente porque la violación del artículo X también podía concretarse a través de ese tipo de acciones⁶⁴. Habiéndose declarado competente, EE.UU. presentó una reconvención aduciendo que Irán, con su conducta, había violado el artículo X y por

⁶² C.I.J., *Recueil*, ibidem, p. 170.

⁶³ *Affaire Plates-formes pétrolières (République islamique d’Iran c. Etats-Unis d’Amérique)*, *exception préliminaire*, C.I.J., *Recueil* 1996, p.811

⁶⁴ C.I.J., *Recueil*, ibidem, p. 821

ello tuvo que accionar mediante el uso de la fuerza para defenderse de los ataques y, por lo tanto, estaría amparado por el parágrafo 1 del Artículo XX del Tratado antes mencionado que establecía:

“Le présent traité ne fera pas l’obstacle à l’application de mesures:....d) ... nécessaires à l’exécution des obligations de l’une ou l’autre des Hautes Parties contractantes relatives au maintien ou au rétablissement de la paix ou de la sécurité internationales ou à la protection des intérêts vitaux de cette Haute Partie contractante sur le plan de la sécurité”.

Según este inciso, EE.UU. consideró que los ataques a las plataformas fueron realizados para proteger sus intereses vitales en materia de seguridad, dadas las acciones previas realizadas por Irán, de las cuales las más importantes fueron mencionadas anteriormente.

En resumen, la demanda de Irán contra EE.UU. solicitaba una indemnización por la violación del Artículo X del Tratado de Comercio y, a su vez, EE.UU. reconvino a Irán por haber atacado buques de EE.UU. o con bandera de ese país, violando el mencionado artículo X y, al mismo tiempo, justificó su conducta en el apartado d) del Artículo XX de ese Tratado.

La Corte analizó las acciones de ambas partes y llegó a la conclusión que no habían afectado el comercio y navegación en el Golfo Pérsico, por lo que no se debían mutuamente reparación. Pero además, en relación con el tema del presente trabajo, al estudiar la aplicación de la cláusula d) del Artículo XX del Tratado de 1955, concluyó que no hubiese sido competente para entender la reconvención si el uso de la fuerza se hubiese ejercido con fundamento en la legítima defensa del derecho internacional, dado que debía encuadrarse en el Tratado. Pero era competente porque el uso de la fuerza no estaba excluido del citado artículo, que debía interpretarse a la luz del derecho internacional en relación con la legítima defensa. Por tal motivo, se debían tener en cuenta la necesidad, proporcionalidad y también que el objetivo elegido fuera un objetivo militar susceptible de ser atacado.

Es decir, que según la Corte, las reglas del derecho internacional general eran pertinentes para saber si las medidas adoptadas por EE.UU.

podrían ser calificadas de “necesarias”, tal como lo dice el citado párrafo 1 del artículo XX⁶⁵.

Pero, en definitiva, como EE.UU. no probó que las acciones contra los buques fueran realizadas por Irán, la Corte no consideró que sus acciones estuvieran encuadradas en el citado párrafo 1 del Artículo XX del Tratado de 1955.

No obstante lo afirmado en el párrafo anterior, la Corte introdujo un *obiter dictum* en la parte dispositiva de su fallo, estableciendo que la protección de los intereses vitales del párrafo 1 de la cláusula XX debía interpretarse a la luz del derecho internacional, ya que esta es una afirmación general que podría utilizarse para todas las cláusulas de ese tipo incluidas en los tratado de paz y amistad. A su vez, era innecesaria en este caso porque EE.UU. mal podía ampararse en esa cláusula ya que, reitero, ni siquiera pudo probar, según la Corte, que había sido atacado por Irán.

Es muy importante transcribir la parte pertinente del fallo, porque es uno de los casos excepcionales en que un *obiter dictum* fue establecido en la parte dispositiva y que dice:

“*Dit* que les actions menées par les Etats-Unis d’Amérique contre les plates-formes pétrolières iraniennes le 17 octobre 1987 et le 18 avril 1988 ne sauraient être justifiées en tant que mesures nécessaires à la protection des intérêts vitaux des Etats-Unis d’Amérique sur le plan de la sécurité en vertu de l’alinéa d) du paragraphe 1 de l’article XX du traité d’amitié, de commerce et des droits consulaires de 1955 entre les Etats-Unis d’Amérique et l’Iran tel qu’interprété a la lumière du droit international relatif à l’emploi de la force; *dit* en outre qu’elle ne saurait cependant accueillir la conclusion de la République islamique d’Iran selon laquelle ces actions constituent une violation par les Etats Unis d’Amérique des obligations que leur impose le paragraphe 1 de l’article X dudit traité, relatives à la liberté de commerce entre les territoires des parties et qu’en conséquence elle ne saurait davantage accueillir la demande en réparation présentée par la République islamique d’Iran...”⁶⁶.

⁶⁵ C.I.J., *Affaire Plates-formes pétrolières (République islamique d’Iran c. Etats-Unis d’Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, pp. 253-254.

⁶⁶ C.I.J., *Recueil*, ibidem, p. 218.

En su opinión individual, el Juez Pieter H. Kooijmans manifestó que votó a favor porque estaba de acuerdo con la sustancia del fallo, pero no con su construcción. La afirmación de que las acciones de EE.UU. contra las plataformas petroleras no eran medidas necesarias para proteger los intereses vitales de las partes según el tratado de 1955, interpretado a la luz del derecho internacional relativo al empleo del uso de la fuerza, es una constatación que no responde con precisión ni a lo peticionado por el demandante ni a lo peticionado por la defensa. Es una aseveración que no era indispensable para la decisión⁶⁷. De esta manera queda tipificado que se trata de un *obiter dictum*, con el aditamento que está introducido en la parte dispositiva de la sentencia.

Pero lo que resulta de esa interpretación, es que podría aplicarse a otros tratados del mismo tenor, motivo por el cual, en caso de violarse obligaciones de otros tratados, mediante el uso de la fuerza, esta debe estar sometida a las normas del derecho internacional relativas al uso de la fuerza y a la legítima defensa.

*II. 6) Opinión Consultiva referida a la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*⁶⁸

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 49/75 K a fin de requerir a la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva sobre la siguiente cuestión: “Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l’emploi d’armes nucléaires en toute circonstance?”. La solicitud fue presentada ante la Corte por el Secretario General de las Naciones Unidas, el 6 de enero de 1995⁶⁹.

A fin de entender esta opinión consultiva, es conducente analizarla a la luz de lo expresado por el Juez M. Schwebel en su opinión disidente cuando consideró que, en esta materia, el criterio que debía primar era más político que jurídico y agregó que el empleo eventual de

⁶⁷ C.I.J., *Recueil*, ibidem, p. 247.

⁶⁸ *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. *Recueil* (1996.I), p. 226.

⁶⁹ C.I.J., *Recueil* (1996.I), ibidem, p.228.

las armas nucleares es inherente a la práctica misma de la disuasión⁷⁰. Para este Juez, que era el Vicepresidente de la Corte:

“If possession by the five nuclear powers is lawful until the achievement of nuclear disarmament; if possession is the better part of deterrence; if deterrence is the better part of the threat, then it follows that the practice of states-including the treaty practice- does not absolutely debar the threat or use of nuclear weapons”⁷¹.

Para la Corte era necesario analizar la Carta de las Naciones Unidas, especialmente los artículos: 2 párrafo 4 sobre la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; 51 relativo al derecho inmanente de legítima defensa y 52 referente a las medidas coercitivas que puede tomar el Consejo de Seguridad, pero ninguno de ellos menciona las armas nucleares. Es verdad que la Carta no prohíbe ni permite expresamente ningún tipo de arma en particular, pero lo que el tribunal sí consideró es que el derecho a la legítima defensa debe estar sometido a las condiciones de necesidad y proporcionalidad exigidas por el derecho internacional.

La Corte dijo que el principio de proporcionalidad no excluye en todas las circunstancias el recurso de las armas nucleares, pero para ser lícito debe satisfacer las exigencias aplicables a los conflictos armados, especialmente las reglas del derecho humanitario. Analizó todos los tratados referidos al tema y el derecho consuetudinario, y no encontró que las armas nucleares estuviesen expresamente prohibidas en todos los casos, como cuando la supervivencia misma de un Estado esté en juego⁷².

Así, la Corte respondió al requerimiento de la Asamblea General en el sentido que ni el derecho internacional consuetudinario ni convencional autorizan específicamente la amenaza o el uso de la fuerza, pero tampoco prohíben completa y universalmente la amenaza o el empleo de armas nucleares como tales.

⁷⁰ C.I.J., *Recueil*, ibidem, p. 312.

⁷¹ C.I.J., *Recueil*, I, ibidem, p. 314.

⁷² Un análisis de la opinión consultiva en SABIA DE BARBERIS, Gladys, *op.cit.*, pp. 171-194 y GUIRAO LITTERIO, Tomás M., *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, N° 7, diciembre de 2017 (IJ-CDLXXXIV-584).

También determinó que estas son ilícitas cuando sean contrarias al artículo 2 párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas y que no satisfagan las prescripciones de su artículo 51. Consideró, asimismo, que la amenaza o el empleo de armas nucleares deben ser compatibles con las exigencias del derecho internacional aplicables a los derechos humanos y especialmente con los principios y reglas del derecho internacional humanitario, así como con las obligaciones particulares generadas en virtud de los tratados y otros acuerdos referentes a las armas nucleares.

Es muy importante el punto E. del párrafo 2 de la Opinión consultiva, que fue aprobado gracias al voto del presidente de la Corte, entonces M. Bedjaoui, y que establece que la amenaza o el empleo del uso de armas nucleares serían generalmente contrarias a las reglas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados y, especialmente, a los principios y reglas del derecho humanitario, y termina:

“ ...Au vue de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut pas cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause”⁷³.

Bedjaoui adjuntó una declaración en la que dio su interpretación de esta última parte del citado punto E. aseverando que el derecho a la supervivencia de un Estado constituye un derecho fundamental que se aproxima en varios aspectos a un derecho natural, pero la legítima defensa, aunque se ejerza en las condiciones extremas previstas en el punto E, no puede engendrar una situación en la cual un Estado se considere exonerado de respetar las normas “intransgressibles” del derecho internacional humanitario y que llegara a poner en peligro a toda la humanidad. No debe priorizarse la supervivencia de un Estado a la supervivencia de la humanidad en su conjunto⁷⁴.

A su vez, para este trabajo, es necesario hacer referencia al punto F. del dispositivo, al que la Corte llegó por unanimidad, porque

⁷³ C.I.J., *Recueil*, ibidem, p. 266.

⁷⁴ C.I.J., *Recueil*, ibidem, p. 273.

estableció no solo la existencia de una obligación de llevar adelante, de buena fe, negociaciones conducentes al desarme nuclear en todos sus aspectos, sino también el deber de llevarlas a término. En efecto, el Punto F. estatuye “Il existe une obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un control international strict et efficace”⁷⁵.

De la lectura de la parte dispositiva, surge que la Corte se expidió sobre un tema al que no se refería específicamente la pregunta efectuada por Asamblea General. Para llegar a tal resultado la Corte manifestó que dadas las dificultades que conlleva aplicar a las armas nucleares, el derecho relativo al empleo de la fuerza y el derecho de los conflictos armados, debía examinar otro aspecto de la cuestión requerida, en un contexto más amplio. Así, en los considerandos le dio una gran importancia al artículo VI del Tratado de No proliferación de las Armas nucleares que estableció una obligación de negociar de buena fe un desarme nuclear general y completo bajo un control internacional estricto y eficaz. Para la Corte, la obligación va más allá de una simple obligación de comportamiento: “l’obligation en cause ici est celle de parvenir à un résultat précis -le désarmement nucléaire dans tous ses aspects- par l’adoption d’un comportement déterminé, à savoir, la poursuite de bonne foi de négociations en la matière”⁷⁶.

Evidentemente lo expresado por la Corte constituye un *obiter dictum*, ya que no se le había pedido opinión sobre si era necesario negociar y sobre todo alcanzar un desarme nuclear total.

Es más, este es otro caso excepcional en el que el *obiter dictum* fue introducido también en la parte dispositiva, y a su vez, interpreta con un alcance amplio el artículo VI del Tratado de No Proliferación. Guirao Litterio, en el trabajo citado anteriormente, expresa su opinión acerca de que la verdadera intención detrás del *obiter dictum* es: “un intento de redención de un Tribunal que sabe que, a pesar de ir tan lejos como el derecho vigente le permitía, no llegó a un holding que

⁷⁵ C.I.J., *Recueil*, ibidem, p. 267.

⁷⁶ C.I.J., *Recueil*, ibidem, p. 264.

permitiese desterrar de la faz de la tierra las herramientas de destrucción y muerte más monstruosas jamás creadas...”⁷⁷.

En este caso el *obiter dictum*, parodiando a M. Bardonnnet, pero en un sentido negativo, diría que: “n’a pas fait fortune”. Por su parte, Guirao Litterio considera que ha sido de escasa utilidad práctica⁷⁸.

Hasta la fecha, ha habido múltiples negociaciones, pero no se ha alcanzado ese tratado en los términos de la opinión consultiva. Cabe recordar que el Tratado de Prohibición de Armas nucleares adoptado en julio de 2017 no incluye a los Estados nucleares, lo cual lo hace ineficaz. En esta materia si bien siempre es bueno contar con una numerosa participación de Estados, la cantidad no sustituye a la calidad.

Por mi parte, entiendo que no fue el derecho lo que no permitió avanzar, sino el peso de las potencias nucleares evidenciada en los dichos del Juez Schwebel. Sin embargo, finalmente hubo en la opinión una suerte de equilibrio de orden político.

III. *Obiter dicta* pronunciados por otros tribunales internacionales

A título de ejemplo, abordaré dos casos arbitrales y una Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Derecho del Mar, a fin de demostrar que esta táctica utilizada por los jueces, como al pasar, pero que va haciendo camino al andar, no es privativa de la Corte Internacional de Justicia sino que cubre la amplia gama jurisdiccional. En primer lugar me referiré al arbitraje sobre la cuestión del Canal de Beagle entre Chile y Argentina, que es un caso muy interesante citado por André Oraison.⁷⁹ El Tratado de 1881 establecía un criterio para adjudicar a ambos países las islas que se hallaban en el extremo meridional de ambos países, pero resultó controvertida la fijación del límite en dicho Canal al Este del meridiano, que divide la Tierra del Fuego entre ambos países, y, por ende, se debía decidir a qué país pertenecían las Islas Picton, Nueva y Lenox e islas e islotes adyacentes.

⁷⁷ GUIRAO LITTERIO, Tomás, *op.cit.*, punto IV, 7.

⁷⁸ GUIRAO LITTERIO, Tomás, *op.cit.*, punto IV, 7.

⁷⁹ ORAISON, André, *op.cit.*, nota 46, p.274.

El 22 de julio se suscribió un compromiso arbitral poniendo en funcionamiento el Tratado General de Arbitraje de 1902 que había establecido para esos casos el arbitraje de la Corona Británica. La Reina Isabel II designó, con acuerdo de las Partes según el Compromiso arbitral, un Tribunal arbitral compuesto por cinco jueces de la Corte Internacional de Justicia y cuya decisión, una vez sancionada por S.M. Británica, valdría como sentencia⁸⁰.

Lo interesante de este caso para el presente trabajo y sin que ello implique realizar un juicio de valor sobre los dichos del Tribunal, radica en que este manifestó en una nota del laudo inserta al parágrafo 169 (b)⁸¹ que una afirmación suya en relación con la conducta posterior de las partes para la interpretación de tratados constituye un *obiter dictum* ya que no se aplicaría al caso concreto del Canal de Beagle.

Esa afirmación se refería a cuestiones planteadas por las Partes, en relación con la conducta posterior de estas, incluido el valor probatorio de actos unilaterales, y si los actos unilaterales no aceptados son relevantes o irrelevantes cuando un tratado de límites prevé medidas para la demarcación, mientras esas medidas se encuentran pendientes. La afirmación es la siguiente:

“...the Court equally cannot agree with the Argentine contention that merely because the Treaty provides procedures for demarcation on the ground, no subsequent conduct of the Parties, including acts of jurisdiction, can have any probative value. The purpose of such procedures is not to delay the allocation of sovereign rights over territories, which it is the very object of a boundary treaty to determine, but simply to make adjustment of such particular lines as may not be sufficiently clear from the necessarily general terms of the Treaty, that is to say lines which can be adjusted in the light of purely local conditions without affecting the principles on the basis of which they were adopted. True, this may affect the application of the terms of the Treaty within an already allocated area, but this is a far cry from concluding that the treaty itself is inoperative for as long as delays, tardiness or other

⁸⁰ ARMAS PEIRTER, Frida, BARBERIS, Julio, BÉRAUD, Alan y FREYRE, Nelly, “Los límites de la República Argentina”, *Cuadernos de Derecho Internacional*, 2, Buenos Aires, Universidad Austral, Editorial Ábaco de Rodolfo Palma, 2000, p. 112.

⁸¹ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel, Decision 18 February 1977, Recueil des sentences arbitrales, Volume XXI, United Nations*, pág.187.

circumstances hold up the demarcations, and in the meantime it creates no capacity for either Party to act within the area it considers allocated to it”⁸².

Justamente en la nota al transcrito párrafo 169 b) se deja constancia de que esos comentarios, aunque el Tribunal estimó deseable efectuarlos, tenían naturaleza de *obiter dicta* ya que consideró que el Tratado de 1881 no preveía ningún procedimiento de demarcación en el Canal de Beagle⁸³.

Dutheil de la Rochère manifestó sobre el particular que el artículo 31 de la Convención de Viena, que fue aceptado por ambas partes, no deja lugar a dudas que la práctica ulterior sirve para la interpretación, pero se le otorgó un rol mínimo. Indica, asimismo, que cada vez que los jueces tuvieron la ocasión aseveraron que su interpretación se fundamentaba en el texto del tratado y solo del tratado y que la práctica posterior tuvo un rol corroborativo. A pesar de ello, las partes entregaron una documentación extremadamente abundante para probar la conducta posterior, tales como cartografía, actos de soberanía sobre las islas y, para el Tribunal, descartarlos hubiese parecido un acto de menosprecio a las horas, días y años de trabajo de las Partes, considerando además que esa actitud podría facilitar la aceptación del laudo⁸⁴.

Asimismo, en el caso de la Delimitación de la Plataforma Continental entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República Francesa⁸⁵, se puede encontrar un *obiter dictum*.

Para dirimir este asunto estaba vigente para las Partes la Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental de 1958, aunque con reservas por parte de Francia, entre ellas al artículo 6, que, a su vez, fueron objetadas por el Reino Unido. No corresponde a este trabajo

⁸² *idem*

⁸³ *Ídem*.

⁸⁴ DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline, “L’Affaire du Canal de Beagle (sentence rendue par la Reine d’Angleterre le 22 de avril 1977)”, *Annuaire français de droit international*, volume 23, 1977, p. 428.

⁸⁵ *Affaire de la délimitation du plateau continental entre le Royaume Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord et la République française, décision du 30 juin 1972*, Recueil des sentences arbitrales, Volume XVIII, Nations Unies, p. 130.

profundizar el tema de los efectos de las reservas, pero sí es importante señalar que para Tribunal Arbitral:

“Le fait que l’article 6 n’est pas applicable entre les Parties dans la mesure où une telle application est exclue par les réserves françaises ne signifie pas qu’il n’y ait pas des règles juridiques régissant la délimitation dans les zones où la réserve s’applique. Au contraire, comme la Cour Internationale de Justice l’a fait observer, dans les affaires du Plateau continental de la Mer du Nord, ‘il demeure des règles et principes régissant la délimitation du plateau continental en droit international général’”⁸⁶.

Según el Tribunal el efecto combinado de las reservas por parte de Francia y las objeciones por parte del Reino Unido hace que no se aplique el principio de la equidistancia del artículo 6 y por lo tanto deba aplicarse el derecho consuetudinario, pero el derecho consuetudinario lleva casi al mismo resultado de la combinación equidistancia-efectos especiales, pues, en resumen para el Tribunal las circunstancias especiales del artículo 6 es asegurar una delimitación equitativa⁸⁷.

“En bref, le Tribunal est d’avis que l’application de la méthode de l’équidistance ou de toute autre méthode dans le but de parvenir à une délimitation équitable dépend des circonstances pertinentes, géographiques et autres, du cas d’espèce. Qu’on se place sous l’angle de la Convention de 1958 ou sous celui de droit coutumière, le choix de la méthode ou de méthodes de délimitation doit donc être fait dans chaque cas à la lumière de ces circonstances et sur la base de la règle fondamentale qui veut que la délimitation soit conforme à des principes équitables...”⁸⁸.

El Tribunal consideró que la Convención de 1958 estaba en vigor, que no había caído en desuetudo y sus disposiciones eran aplicables al caso en los términos del artículo 2° del Compromiso arbitral. Pero remarcó que ello no significaba que el Tribunal debiera excluir en el caso los desarrollos recientes del derecho consuetudinario.

De esa forma deslizó un *obiter dictum*: “Le Tribunal ne doute pas qu’il doit prendre en considération l’évolution du droit de la mer dans

⁸⁶ Ibidem, p. 172.

⁸⁷ ibidem, p. 173.

⁸⁸ Ibidem, p. 188.

toute la mesure où cela serait pertinent pour l'examen de la présente affaire"⁸⁹.

Elisabeth Zoller consideró extremadamente interesante el *obiter dictum* señalado y comentó al respecto:

“Quoiqu’il en soit il est extrêmement intéressant de relever l’*obiter dictum* par lequel le Tribunal estime qu’il convient de tenir compte des développements récents du droit coutumier sans d’ailleurs se prononcer sur les conditions de formation de droit coutumier. On touche ici à une des originalités remarquables de la présente sentence qui nous parle fréquemment, du droit coutumier et qui, a aucun moment, n’en définit les conditions de formation”⁹⁰.

Agregó que ello fue completamente distinto al caso del Mar del Norte, en el que la Corte consagró páginas enteras a explicar las condiciones de la formación de una regla consuetudinaria.

También, a título de ejemplo, citaré la Opinión Consultiva emitida por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar a través de la Sala de Controversias de Fondos Marinos, el 1 de febrero de 2011, sobre cuestiones relativas a las Responsabilidades y obligaciones de los Estados Patrocinantes de actividades en la Zona. Es importante, para la mejor comprensión de la existencia de un *obiter dictum*, referirnos a los puntos determinados por el Consejo de la Autoridad en el pedido de Opinión Consultiva y que son los siguientes:

1. ¿Cuáles son las responsabilidades jurídicas (legales) y las obligaciones de los Estados Partes de la Convención con respecto al patrocinio de actividades en la Zona de conformidad con la Convención, en particular con la Parte XI, y el Acuerdo de 1994 sobre la implementación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar del 10 de diciembre de 1982?
2. ¿Cuál es el alcance de la responsabilidad (*liability*) de un Estado Parte, por el incumplimiento de las disposiciones de la Convención, en particular de la Parte XI y del Acuerdo de 1994, de una entidad a

⁸⁹ *Ibidem*, p. 166.

⁹⁰ ZOLLER, Elisabeth, “L’affaire de la délimitation du plateau continental entre la République français et le Royaume Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord”, *Annuaire français de droit international*, volume 23, 1977, p. 368.

la cual ha patrocinado de conformidad con el Artículo 153, párrafo 2 (b), de la Convención?

3. ¿Cuáles son las medidas necesarias y apropiadas que un Estado Patrocinante debe tomar para cumplir con su responsabilidad bajo la Convención, en particular con el Artículo 139 de la Convención, el Anexo III y el Acuerdo de 1994?⁹¹

Estas preguntas se referían a todos los Estados Partes en general, pero la Sala, al contestar las preguntas, se refirió específicamente a los Estados no desarrollados, en virtud de que Estos tienen un trato especial en la Convención. En la respuesta consideró que las obligaciones y responsabilidades eran las mismas que las correspondientes a los Estados desarrollados y, en ese sentido, afirmó: “It may therefore be concluded that the general provisions concerning the responsibilities and liability of sponsoring States, apply equally to all sponsoring States, whether developing o not developed”,⁹² porque lo esencial para la Sala radica en proteger el medio marino⁹³.

Me refiero a este aspecto porque aunque parecería, en principio, que podría encontrarse allí un *obiter dictum*, era necesaria tal aclaración por parte de la Sala, sobre todo si nos atenemos a los antecedentes de la Opinión Consultiva. Las compañías *Nauru Ocean Resources Inc*, en Nauru y *Tonga offshore Mining Ltd.*, constituida en Tonga, ambas subsidiarias de la compañía canadiense *Nautilus Minerals*, presentaron el 10 de abril de 2008, a la aprobación de la Autoridad, planes de trabajo para la exploración de nódulos polimetálicos patrocinadas, respectivamente, por la República de Naurú y el Reino de Tonga. Sin embargo, posteriormente dichas empresas pidieron postergación del tratamiento de las solicitudes, justamente por el problema de las obligaciones y responsabilidades a

⁹¹En español en: KELLY, Elsa, “El enfoque de precaución: la contribución de ITLOS al derecho internacional ambiental en la Opinión Consultiva de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos”, en la publicación *Aspectos ambientales en el derecho internacional*, 1ª. Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CARI. 2018, p. 10.

⁹² Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS, *Advisory Opinion*, 2011, p. 10.

⁹³ *Ibíd*em, p. 240.

cargo de los Estados Patrocinantes, cuando estos son Estados en desarrollo⁹⁴.

Pero sí se introdujo, a mi entender, un *obiter dictum* en el párrafo 131 de la Opinión Consultiva, en relación al “enfoque de precaución” o “principio de precaución”. La Juez Kelly aclaró que el término enfoque corresponde al texto en inglés de los Reglamentos de la Autoridad, mientras que los textos en francés usan el término principio⁹⁵.

La introducción del enfoque de precaución en un instrumento se hizo en el Reglamento sobre Prospección y Exploración de Nódulos polimetálicos, que en el Artículo 3, punto 2 de la Parte V establece una obligación directa para los Estados Patrocinantes y la Autoridad. Según esa disposición, las actividades que realicen: “shall apply a precautionary approach, as reflected in Principle 15 of the Río Declaration”. En ese mismo sentido, la Autoridad dictó posteriormente el *Reglamento sobre Prospección y Exploración de Sulfuros Polimetálicos*.

La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo establece:

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

La Corte imprime al enfoque de precaución un aditamento diferente, ya que considera que cuando el medio marino esté involucrado, la obligación directa no debe aplicarse según la capacidad de los Estados involucrados sino de igual modo a todos los Estados.

Además, y aquí está el *obiter dictum*, al referirse en el párrafo 131 de la Opinión Consultiva al enfoque de precaución mencionado en los Reglamentos de nódulos polimetálicos que incumbe al Estado

⁹⁴ SABIA DE BARBERIS, N. Gladys: “La interpretación evolutiva del derecho internacional”, en la publicación *Aspectos ambientales en el derecho internacional*, 1ª. Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CARI, 2018, p. 239.

⁹⁵ KELLY, Elsa, *op.cit.*, p. 19.

Patrocinante y a la Autoridad, afirma: “it is appropriate to point out that the precautionary approach is also an integral part of the general obligation of due diligence of sponsoring States, which is applicable even outside the scope of the Regulations”.

La juez Kelly al comentar el citado párrafo afirma:

“La Sala, habiendo afirmado que el cumplimiento de las obligaciones directas de un Estado Patrocinante es también un factor relevante para cumplir con debida diligencia la obligación de procurar el cumplimiento por parte del contratista patrocinado, da un paso adicional al señalar que de las disposiciones de la Parte XI de la Convención e instrumentos conexos se desprende que el ‘enfoque de precaución es aplicable aún fuera del ámbito de los Reglamentos’ [de la Autoridad] (párrafo 131 de la Opinión Consultiva). Esta afirmación es una interpretación importante y significativa porque su efecto es el de retrotraer la cuestión de la aplicabilidad del enfoque de precaución a las disposiciones de la Convención al establecer que dicho enfoque debe ser aplicado por los Estados Patrocinantes independientemente de las obligaciones establecidas en los Reglamentos de la Autoridad”⁹⁶.

IV. Marco teórico

Como adelantaba en la Introducción de este trabajo, a fin de clarificar el valor jurídico de los *obiter dicta*, es necesario hacer una referencia a otras figuras jurídicas. En tal sentido, abordaré el tema del precedente judicial pues este tiene un efecto persuasivo en casi todos los ordenamientos jurídicos en razón a que el *stare decisis* (estarse a lo que se ha decidido previamente) es una máxima de aplicación prácticamente universal⁹⁷.

Sin embargo tienen distintas peculiaridades, ya se trate del derecho anglosajón o del derecho continental. Esta distinción será considerada tanto en el orden interno como en el orden internacional.

⁹⁶ KELLY, Elsa, op. cit, pp. 21-22.

⁹⁷ CROSS, Rupert CROSS y HARRIS, J.W., *El precedente en derecho inglés*, traducción de Ma. Angélica Pulido, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012, p. 23.

IV. 1) Orden interno

Los autores Cross y Harris, cuando se refieren al derecho anglosajón, afirman que la doctrina inglesa del precedente tiene la particularidad de presentar una naturaleza fuertemente coercitiva que proviene de sus reglas. Estas son reglas surgidas de la práctica judicial, y que han sido diseñadas para hacer efectivo el postulado fundamental según el cual el derecho inglés se basa principalmente en el *case law* o derecho de origen jurisprudencial⁹⁸. Las decisiones constituyen un precedente vinculante para los tribunales de menor jerarquía al que lo dictó, pero, a su vez, las decisiones de los tribunales de menor jerarquía constituyen un precedente persuasivo para los de mayor jerarquía respecto del que lo dictó.

En este sentido, de acuerdo con la práctica judicial prevaleciente desde 1898 hasta 1966, la Cámara de los Lores estaba obligada de forma absoluta a seguir sus propios precedentes. En 1966 con el dictado de la Declaración de Prácticas (*Practice Statement*), la Cámara de los Lores se reservó la posibilidad de separarse de una decisión anterior cuando lo considerase correcto, pero, por regla general, sus precedentes continuarían siendo vinculantes⁹⁹.

Ratti, por su parte, manifiesta que la afirmación sobre que la fuente primaria del derecho en el *common law* es el precedente y que en el *civil law* es la ley es correcta en su origen histórico, pero ha quedado vetusta "...porque hay una tendencia hacia el acercamiento. Esta tendencia se refleja con claridad en la cantidad de *statutes* que se han incorporado a los sistemas del *common law* y en el progresivo reconocimiento de cierto valor a la jurisprudencia en los sistemas continentales"¹⁰⁰.

Esta autora analiza las distintas dimensiones del precedente en ambos sistemas, entre ellas la dimensión institucional que distingue el precedente vertical del presente horizontal, es decir del que pertenece a un mismo escalón de la pirámide judicial. En el *common law* la

⁹⁸ CROSS, Rupert CROSS y HARRIS, J.W, *op. cit.*, p. 23.

⁹⁹ CROSS, Rupert CROSS y HARRIS, J.W, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁰ RATTI MENDANA, Florencia, *op.cit.*, p. 77.

obligatoriedad del precedente que emana de un tribunal superior es indiscutible y se sustenta en la organización jerárquica del Poder Judicial. En el *civil law*, a pesar que el Poder Judicial es también jerárquico, no existe el reconocimiento en base a la jerarquía institucional, sino en otras consideraciones como la seguridad jurídica, la coordinación o la uniformidad de la interpretación. A veces hasta reconoce esa jerarquía institucional, pero, en general, no es suficiente para consagrar un deber jurídico de seguirlo e impedir su modificación por los jueces que lo aplican”¹⁰¹.

Otra de las dimensiones de las que se ocupa Ratti y que interesa a este trabajo es la dimensión objetiva, que distingue entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. La *ratio decidendi* o *holding*, según la expresión utilizada en EE.UU., es la proposición o regla de derecho necesaria para decidir el caso tal como se ha resuelto, el *obiter dictum*, en cambio es lo complementario, lo que no es necesario para resolver el caso¹⁰². Si bien la *ratio decidendi* tiene, en principio, distintos efectos en ambos sistemas jurídicos, no ocurre lo propio con los *obiter dicta*, que conservan el mismo valor.

Ahora bien, cabe preguntarse quién tiene a cargo la identificación de la *ratio decidendi* para aplicarla a un caso similar posterior. En el sistema del *common law* es el juez quien debe resolver el segundo caso en un proceso dialógico continuo, que puede llevar a una ampliación o reducción de la *ratio* a partir de técnicas específicas de aplicación del precedente, tales como el *distinguishing*. Esta es una técnica por la cual el precedente no se aplica por una disimilitud fáctica entre los casos. En la mayoría de los sistemas del *civil law* que han incorporado a su ordenamiento un precedente vinculante, el reconocimiento de esa *ratio* se coloca a cargo del mismo tribunal del que emane el precedente, en una única oportunidad que, generalmente, coincide con el dictado de la sentencia¹⁰³. Cuando se reconocen los argumentos que constituyen la *ratio decidendi* de los fallos, los argumentos jurídicos que se agregan, muchas veces indicando que son a mayor abundamiento, constituyen los *obiter dicta*.

¹⁰¹ RATTI MENDAÑA, Florencia, *op.cit.*, p. 79.

¹⁰² RATTI MENDAÑA, Florencia, *op.cit.*, p. 82.

¹⁰³ RATTI MENDAÑA, Florencia, *op.cit.*, p. 83.

Entonces, si bien el precedente es típico del *common law*, es cierto que en muchos países pertenecientes al sistema continental existe un impacto del precedente del sistema del *common law* tanto en referencia al precedente vertical como horizontal.

IV. 2 Orden internacional

En relación con este trabajo analizaré el valor jurídico de la jurisprudencia en el marco de la Corte Internacional de Justicia, pero que es aplicable también a otros tribunales internacionales siempre que no hayan adoptado expresamente algún otro régimen.

El artículo 38 de su Estatuto, que retoma el artículo 38 de la Corte Permanente de Justicia Internacional, creado por un Protocolo del 16 de diciembre de 1920, bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones, determina que las fuentes principales que debe aplicar el tribunal son tres: las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derecho. El inciso d) de ese artículo, se refiere a las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas, como medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho y agrega en relación con las decisiones judiciales: "...sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59". Este último artículo deja bien claro que la decisión de la Corte, es decir el fallo, no es obligatorio sino para las partes en litigio y respecto del caso que se ha decidido.

Con estas disposiciones entiendo que no quedan dudas de que, en su origen, la Corte Internacional de Justicia optó por el sistema romano-germánico o continental y no por el sistema del precedente tal como lo concibe el derecho anglosajón.

Entonces, a mi criterio, no tienen sentido los ríos de tinta que se han utilizado, tratando algunos publicistas de ignorar absolutamente el valor de los fallos para casos distintos del caso de autos y otros que le quieren dar un valor jurídico de precedente, que no está en la esencia del derecho continental.

Sin embargo, en el orden internacional ocurre como en el derecho interno de los países que han adoptado uno u otro sistema, pues

con el correr de los años ha habido una especie de trasvase entre ellos y en esa evolución han cumplido, en muchos casos, un rol importante los *obiter dicta*.

También existe una razón importante en relación con la tendencia a uniformar la jurisprudencia sobre los mismos temas, no solo al interior de la Corte Internacional de Justicia sino respecto de otros tribunales permanentes e incluso, aunque en menor grado, de los tribunales arbitrales. Esa razón se origina en la multiplicación de las jurisdicciones internacionales, que si bien responde a nuevas necesidades de la comunidad internacional y contribuye al mantenimiento de la paz y el desarrollo del derecho, también es cierto que esa proliferación puede producir consecuencias desafortunadas¹⁰⁴.

La publicación señalada en la nota al párrafo anterior, encierra la visión del Juez Guillaume sobre diversos temas y sobre este asunto afirma:

“Les chevauchements juridictionnels sont d’autant plus préoccupants qu’ils augmentent les risques de contrariété de jugements. Deux tribunaux peuvent en effet être saisis concurremment d’un même différend et rendre des décisions contradictoires. Ils peuvent aussi dans les motifs de leurs jugements interpréter différemment une même règle de droit et porter ainsi atteinte à l’unité du droit international...”¹⁰⁵.

En derecho interno, con la organización jerárquica del Poder Judicial, aún en los países que adhieren al derecho continental y, aunque, como hemos señalado, esa jerarquía no sirve de fundamento a la obligatoriedad del precedente, en virtud de acciones que se van adoptando, por influencia del *common law*, la jurisprudencia se va uniformando. En derecho internacional también hay una evolución en ese sentido. Así dice Santulli: “Le droit du procès international connaît des voies de recours, et donc des organisations de type hiérarchique. De règle, la hiérarchie est établie entre organes de la même personne”¹⁰⁶. Este autor cita diversos ejemplos, como los de la Corte Penal

¹⁰⁴ GUILLAUME, Gilbert, “La Cour Internationale de Justice. Situation présente et perspectives d’avenir”, en: *La Cour Internationale de Justice à l’Aube du XXIème Siècle, Le regard d’un juge*, Paris, Éditions A.Pedone, 13 Soufflot, 2003, p. 44.

¹⁰⁵ GUILLAUME, Gilbert, *op.cit.*, p. 44.

¹⁰⁶ SANTULLI, Carlo, *Droit du contentieux international*, Montchrestien-E.J.A., 2005, p. 100.

Internacional, los Tribunales Penales de la ex Yugoslavia y Ruanda, la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros. En cambio, la Corte Internacional de Justicia tiene una instancia única, salvo los casos en que conoce recursos de algunos organismos especializados¹⁰⁷.

Para Gutiérrez Posse la Corte no aplica la doctrina del precedente, aun cuando sea consistente en la interpretación del derecho en función del principio de seguridad jurídica. Es por ese principio que ha de presidir todo el sistema de derecho, que se puede comprobar una cierta continuidad en la doctrina que surge de los fallos, tanto de la C.I.J., como de la C.P.J.I.¹⁰⁸.

Si bien la Corte Internacional de Justicia no ha adoptado el sistema anglosajón del precedente, al igual que los demás tribunales internacionales, ya sean jurisdiccionales como arbitrales, sobre todo los permanentes, tienen una tendencia a fallar los casos que se someten a su conocimiento siguiendo la doctrina sentada anteriormente en casos análogos, pues la continuidad en las decisiones al par que otorga jerarquía y respetabilidad a los jueces, contribuye a brindar seguridad a los actos jurídicos¹⁰⁹.

En este sentido hemos visto cómo la Corte para producir un “revirement” de la sentencia del Sudoeste africano introdujo en el caso de la *Barcelona Traction* un *obiter dictum* que no era necesario para ese fallo, pero que preparó un cambio de jurisprudencia para casos posteriores, reconociendo las obligaciones *erga omnes*.

Barberis considera que la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia no constituye una fuente autónoma, porque si bien presenta

¹⁰⁷ Ver sobre este tema SABIA, N.Gladys, “Opiniones Consultivas obligatorias de la Corte Internacional de Justicia o efectos obligatorios de ciertas opiniones consultivas”, en *Temas jurisdiccionales en materia de Derecho Internacional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CARI, 2017.

¹⁰⁸ GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia, “Apuntes sobre el ‘precedente ¿fuente del derecho internacional o derecho a aplicar por un tribunal internacional?”, en *Temas jurisdiccionales en materia de Derecho Internacional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CARI, 2017, p. 16.

¹⁰⁹ BARBERIS, Julio A., *Formación del derecho internacional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 208.

cierta homogeneidad, es posible hallar algunas contradicciones, por lo que no se puede deducir de ello su obligatoriedad.

“Según surge de la jurisprudencia no existe en los miembros del Tribunal una conciencia de obligatoriedad de ajustarse a los precedentes como a una fuente de derecho. Esto significa que la jurisprudencia del Tribunal no ha creado ninguna norma consuetudinaria modificatoria del Estatuto que otorgue a los precedentes el carácter de fuente de derecho”.¹¹⁰

También es dable señalar que la función del juez de decir el derecho para el caso concreto nunca es completamente mecánica, pues al interpretar la norma a aplicar debe elegir entre un marco de posibilidades que otorga el lenguaje. Barberis afirma que en las normas no importa la fuente de la que provengan “se da este halo de penumbra o de indeterminación que rodea el núcleo central de los conceptos”¹¹¹, que atribuye a lo que Hart denomina la textura abierta del derecho. Los precedentes jurisprudenciales cumplen la función de reducir o disminuir esa sombra de penumbra.

Por ello, siempre existe un resquicio para la interpretación judicial que es propicia también para la evolución del derecho internacional, sobre todo en temas que van cambiando al ritmo de la ciencia y la tecnología y también de las concepciones filosóficas y morales de la sociedad, y los jueces la realizan en aplicación de los medios que se mencionan en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados¹¹².

Para Kelsen, la idea restrictiva de que solo las normas generales forman parte del orden normativo, no es correcta, porque las normas jurídicas individuales son elementos constitutivos del derecho tanto como las normas generales en base a las cuáles fueron creadas¹¹³.

Así, afirma:

¹¹⁰ BARBERIS, Julio A., *op. cit.*, p. 217.

¹¹¹ BARBERIS, Julio A., *op.cit.*, p. 219.

¹¹² SABIA DE BARBERIS, N. Gladys, “La interpretación evolutiva del derecho internacional”, en la publicación *Aspectos ambientales en el derecho internacional*, 1ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CARI, 2018, p. 258.

¹¹³ KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris 1962, p. 313.

“La création d’une norme qui est réglée par une autre norme constitue une application de cette dernière. L’application du droit est en même temps création du droit. Contrairement à ce qu’admet la théorie traditionnelle, ces deux notions ne représentent pas une antithèse absolue; il n’est pas juste de distinguer et opposer des actes créateurs de droit et des actes applicateurs de droit”¹¹⁴.

Hemos concluido que la jurisprudencia, dentro del sistema continental en el que se ha insertado la Corte Internacional de Justicia, pero que también ocurre en otros tribunales, no es una fuente autónoma del derecho internacional pero sí participa de la formación de la costumbre. Ello no significa que los fallos no creen derecho, porque cuando aplica las normas del ordenamiento jurídico, el juez crea la norma jurídica individual para el caso concreto y siempre, en mayor o menor grado debe realizar la operación intelectual necesaria para interpretar las normas a aplicar. Sin embargo, ese fallo y el conjunto de fallos no son obligatorios a casos futuros, pero, como dijimos, en ese caso participan en la formación del derecho consuetudinario. Como veremos, este es, en mi opinión, un punto en común con los *obiter dicta*.

Oraison se pregunta en relación con la naturaleza de los *obiter dicta*: “Faut-il les considérer des œuvres jurisprudentielles ou au contraire les assimiler, purement et simplement à des productions doctrinales?”¹¹⁵.

Para este autor, contrariamente a la *ratio decidendi* que es jurisprudencial, los *obiter dicta* son obras de naturaleza doctrinal, que presentan la particularidad de estar encerrados dentro de las decisiones de una instancia jurisdiccional, por lo que la llama doctrina judicial. Oraison se refiere a la “doctrine finalisée” que es una doctrina vinculada con procedimientos de naturaleza contenciosa (doctrina judicial), normativa o diplomática. A la vez, dentro de la doctrina judicial, hace referencia a los *obiter dicta* y a las opiniones separadas, individuales y disidentes de los jueces, a las que no les otorga el mismo valor¹¹⁶.

Pero a pesar de la construcción de Oraison que trata de poner un poco de sistematización sobre la validez jurídica de la doctrina, la

¹¹⁴ KELSEN, Hans, *op.cit.*, p. 315.

¹¹⁵ ORAISON, André, *op.cit.*, p. 223.

¹¹⁶ ORAISON, André, *op.cit.*, pp. 225-228.

jurisprudencia, las opiniones de los jueces y los *obiter dicta*, entiendo que la claridad la da la sencillez de pensamiento cuando estamos hablando de las fuentes de derecho internacional en general y, específicamente, a la luz del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

A mi criterio, la doctrina de los publicistas, tal como los argumentos conducentes al dictado de las sentencias, así como las sentencias mismas, salvo para el caso concreto, como las expresiones que los jueces internacionales introducen en los considerandos e incluso en la parte dispositiva de sus decisiones, con carácter de *obiter dicta* y las distintas opiniones que se adjuntan a los fallos, son todos formadores de costumbre. En los procesos de formación de costumbre, existe un período de desarrollo hasta alcanzar la cristalización de la norma. En relación con los *obiter dicta*, no cabe duda que en el caso de la *Barcelona Traction* la cristalización de los principios de *erga omnes* y *jus cogens* se produjo con su incorporación tal como se explicó más arriba, pero ya se venía desarrollando con anterioridad. En otros, los *obiter* colaboran en mayor o menor grado con el proceso, como hemos visto en el análisis de los asuntos internacionales efectuado en este trabajo. Pero justamente en el caso de la *Barcelona Traction* impulsaron el dictado del *obiter dictum*, las contundentes opiniones disidentes realizadas por los jueces en el caso del Sudoeste africano, motivo por el cual, me atrevo a afirmar que participan de su misma naturaleza. Todo es cuestión de grado. Sin embargo, en ese grado, los *obiter dicta* corren, en relación con la doctrina y las opiniones separadas, con una ventaja, pues tienen la “posición privilegiada de encontrarse en el mismo seno de la decisión”.¹¹⁷

V. Reflexiones finales

Los *obiter dicta* son, entonces, aquellas expresiones dichas al pasar por los jueces, que no son necesarias para el caso de autos, pero que se manifiestan en general con una segunda intención y que muchas veces, bajo la apariencia de una inocente función de docencia prepara el camino para futuros fallos.

¹¹⁷ PACHECO BLADINI, Tania Elena, op. cit., p.77.

Hemos visto que si bien nacieron en el derecho anglosajón se formulan también en los fallos que se dictan en el derecho interno de los países de origen continental y en el orden internacional, generalmente en los considerandos, pero, excepcionalmente, también en la parte dispositiva. No son en sí mismos obligatorios, pues no constituyen una fuente autónoma del derecho internacional, pero se insertan en el proceso de creación de una norma consuetudinaria. En este sentido, en materia internacional, que es el ámbito de este trabajo, no difieren en cuanto a su naturaleza ni de la jurisprudencia, ni incluso de las opiniones separadas, individuales o disidentes. En efecto, los fallos de la Corte Internacional de Justicia, tal como lo eran los de la Corte Permanente de Justicia Internacional, son obligatorios para el caso particular al que se aplica y crean las normas jurídicas individuales que conforman, conjuntamente con las normas generales, el orden jurídico internacional, pero la jurisprudencia es formadora de costumbre, teniendo por costumbre el proceso o método de creación y la norma creada. Entonces, reitero, la jurisprudencia en el sistema del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no constituye una fuente autónoma, pero sí tiene un peso invaluable en el proceso de formación de costumbre internacional. Sabemos que no hay un número preciso de repetición de conductas, en este caso de fallos, como así tampoco un tiempo necesario para que esa repetición conforme una conciencia de obligatoriedad. Pero sí somos conscientes de que la doctrina, la jurisprudencia, los *obiter dicta*, las opiniones que adjuntan los jueces a los fallos pueden estar involucrados en el proceso de creación de la costumbre internacional. La única diferencia es que los *obiter dicta* no están previstos en el Estatuto de la Corte, por lo que su existencia ha surgido también consuetudinariamente, pero su valor, en el proceso de conformación de costumbre, es el mismo.

Me he referido al *obiter dictum* emblemático de la *Barcelona Traction* y nadie puede negar que las obligaciones *erga omnes* y la existencia de las normas de *jus cogens* ya figuraban en la Convención del Derecho de los Tratados de 1969, que todavía no estaba en vigencia cuando la Corte se expidió en ese caso, pero parecería que con ese *obiter dictum* se cristalizaron como normas consuetudinarias. Pero, a su vez, el paradigmático *obiter* estuvo influenciado por las opiniones disidentes en el fallo del Sudoeste africano, en ese fallo que dividió a la Corte y tuvo que ser desempatado por el entonces Presidente. Con este ejemplo tan

contundente, ¿es un impensable considerar que las opiniones separadas sean susceptibles de integrar el proceso de formación de la costumbre?

En definitiva, lo que se desprende de este trabajo es que los *obiter dicta* que plasma en los fallos de la Corte Internacional de Justicia la cohorte mayoritaria de los jueces, tienen un gran peso en la formación de la costumbre internacional tal como la jurisprudencia, las opiniones consultivas y las opiniones que se acompañan a los fallos. El impacto de todos esos instrumentos jurídicos en la creación del derecho consuetudinario es siempre una cuestión de grado, pero, insistimos, no de naturaleza pues todos son formadores de costumbre, fuente principal del derecho internacional.

LOS ACTOS UNILATERALES DEL ESTADO A LA LUZ DE LOS TRIBUNALES DE INVERSIÓN

Silvina S. González Napolitano¹

SUMARIO: I. Introducción; II. Los actos unilaterales del Estado en sentido estricto; III. Los actos unilaterales del Estado en los tribunales de inversión; IV. Observaciones finales.

I. Introducción

En derecho internacional se distinguen diversas categorías de actos del Estado, siendo una de ellas la de los actos unilaterales autónomos, en sentido estricto o propio, que producen efectos jurídicos vinculantes para el Estado del cual emana, sin estar ligados al proceso de creación o aplicación de otra fuente del derecho internacional, como los tratados o la costumbre. En ese sentido, los tribunales internacionales, al igual que los juristas, se han referido, en particular, a la promesa, la protesta, el reconocimiento, la renuncia, la notificación, el *estoppel* y la aquiescencia, entre otros.

Por otra parte, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas se ocupó de elaborar una serie de principios jurídicos aplicables a las declaraciones unilaterales. Estos principios, aprobados en 2006, no se refieren a cualquier acto unilateral, sino que giran específicamente en torno a las declaraciones que efectúan los Estados para contraer obligaciones internacionales.

El objetivo de este artículo es examinar los actos unilaterales del Estado desde la perspectiva de los tribunales arbitrales que resuelven

¹ Doctora en Derecho (UBA). Profesora Titular Regular de Derecho Internacional Público y Profesora Adjunta Regular de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Profesora invitada en otros cursos de grado (UTDT) y posgrado (UBA y otras instituciones). Directora Académica del Observatorio de Arbitraje Internacional y Derecho de las Inversiones Extranjeras (UBA). Árbitra en arbitraje de inversión. Miembro consejero del CARI.

reclamos interpuestos por inversores extranjeros. Así, luego de efectuar un breve repaso de los principales aspectos a la luz del derecho internacional general y lo determinado en los casos más célebres de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), se identifican algunos de los actos unilaterales invocados en los reclamos de inversión, cómo fueron encuadrados e interpretados y qué requisitos y efectos jurídicos se les reconocieron en el contexto del arbitraje de inversión.

II. Los actos unilaterales del Estado en sentido estricto

Como se adelantó, existen diversas categorías de actos unilaterales del Estado. Principalmente, podemos identificar, en primer lugar, los actos unilaterales en sentido estricto, que producen efectos jurídicos vinculantes para el Estado del cual emana, pero que no están vinculados con la creación o aplicación de otra fuente del derecho internacional y, en segundo lugar, aquellos que sí producen efectos como parte del proceso de formación o aplicación de otra fuente. Ejemplos de esta segunda categoría serían la firma, ratificación o denuncia de un tratado por parte de un Estado negociador; un acto u omisión como práctica de la costumbre internacional; un acto de protesta frente al surgimiento de una nueva norma consuetudinaria; una notificación de una situación regulada en un tratado. Algunos tribunales se refieren a una tercera categoría: los actos unilaterales que se adoptan “libremente”, pero en el marco de un tratado, como se explicará *infra*.

En este artículo nos ocuparemos fundamentalmente de la primera y tercera categoría, es decir aquellos actos unilaterales autónomos, en sentido propio o estricto y también algunos actos unilaterales que se adoptan libremente en el marco de un tratado, para evaluar, respecto de estos últimos, si los tribunales de inversión les dieron el mismo tratamiento o uno diferente que a los primeros.

No nos referiremos aquí a la cuestión, que ha sido objeto de debate, de si los actos unilaterales en sentido propio son una “fuente autónoma” de derecho internacional o si se apoyan en alguna de las fuentes mencionadas, por ejemplo, en el artículo 38 del Estatuto de la

CIJ². En este trabajo es suficiente con reconocer que, en determinadas circunstancias y condiciones, los actos unilaterales de los Estados producen efectos jurídicos vinculantes en el plano internacional, sin indagar cuál es la fuente de la cual deriva, en última instancia, su obligatoriedad.

En cuanto al **concepto**, los actos unilaterales en sentido estricto pueden ser definidos como aquellas manifestaciones de voluntad, emanadas de personas con capacidad para obligar al Estado, que producen efectos jurídicos vinculantes para dicho Estado, sin estar vinculadas con el proceso de formación de un tratado o de una norma consuetudinaria, ni con la aplicación de un tratado. No obstante, en la práctica, puede no resultar tan clara la distinción entre un acto verdaderamente autónomo de otro que se realiza libremente en el ámbito de un tratado o que se vincula con la aplicación de un tratado. Por tal motivo, resulta ilustrativo identificar los actos que los tribunales de inversión han considerado dentro de la tercera categoría.

En cuanto a la **denominación**, se suele hacer referencia tanto a actos como a declaraciones unilaterales. Sin embargo, debe tenerse presente que no todos los actos unilaterales se llevan a cabo mediante declaraciones formales. Algunos pueden generarse a través de comportamientos informales o incluso a través de una inacción o silencio. Por ende, la expresión “declaraciones unilaterales” resulta más acotada y no abarca a todos los tipos de actos que pueden emanar de un Estado.

Precisamente respecto de las declaraciones unilaterales, en 2006, en el marco de la labor de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, la CDI aprobó los “Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas”³. Se trata de un documento que contiene diez

² A título de ejemplo, ver LAVISTA, Verónica y MAKOWSKI, Gisela, “Actos unilaterales del Estado (primera parte)”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Errepar, 2015, p. 241.

³ “Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas”, UN Doc. A/CN.4/703, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*, vol. II, segunda parte, p. 177 y ss. Disponible en https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2006_v2_p2.pdf.

principios rectores que, como dice el preámbulo, “sólo versan sobre los actos unilaterales *stricto sensu*, es decir, los que adoptan la forma de declaraciones formales formuladas por un Estado con la intención de producir obligaciones en virtud del derecho internacional”⁴. Al referirse a actos unilaterales en sentido estricto, cabe aclarar que la CDI dejó fuera de este esquema a los actos unilaterales de los Estados vinculados con la aceptación de la jurisdicción de un tribunal en relación con un tratado.

Los principios elaborados por la CDI se refieren a la forma de las declaraciones de los Estados, las personas con capacidad para emitirlas, los efectos que producen, a quiénes pueden estar dirigidas, en qué supuesto se consideran nulas y la posibilidad de su revocación. Si bien fueron redactados con miras a las declaraciones unilaterales, muchos de ellos podrían ser aplicables a cualquier acto unilateral del Estado en sentido estricto.

En cuanto a la **forma**, el derecho internacional no requiere ninguna formalidad especial para los actos unilaterales. Pueden emitirse verbalmente o por escrito, sea mediante una carta enviada a un mandatario, un comunicado de prensa o una declaración en el seno de una sesión de un organismo internacional. Incluso la intención del Estado puede materializarse en varios instrumentos a la vez. Solo se requiere que tenga publicidad, es decir, que se ponga en conocimiento de terceros Estados o respecto de quienes se asuma la obligación internacional⁵.

En el caso de los *Ensayos nucleares*, Francia se había comprometido a cesar los ensayos atmosféricos a través de diversos medios: un comunicado de la Presidencia de la República, una nota diplomática, una carta del Presidente de la República dirigida directamente a los destinatarios de la declaración, una declaración hecha durante una conferencia de prensa y una intervención ante la Asamblea General de las Naciones Unidas⁶. En ese contexto, la CIJ destacó que:

⁴ *Ibid.*, p. 177, párr. 176.

⁵ BARBERIS, Julio, *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires: Editorial Ábaco, 1994, p. 132.

⁶ Comentarios de la CDI a los Principios Rectores, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*, vol. II, segunda parte, p. 180, comentario al principio rector 5,

“En cuanto a la forma, conviene señalar que no se trata de un aspecto en el que el derecho internacional imponga reglas estrictas o especiales. El hecho de que una declaración sea oral o escrita no supone ninguna diferencia esencial, puesto que tales enunciados hechos en circunstancias particulares pueden constituir obligaciones en derecho internacional sin haber sido necesariamente consignados por escrito. La forma no es pues decisiva”⁷.

Previamente, en el caso del *Templo de Préah Vihéar*, la Corte sostuvo que el derecho internacional (a diferencia de lo que ocurría en derecho interno respecto de algunos actos que requerían de formalidades) ponía énfasis en las intenciones de las partes, sin prescribir formas particulares, de modo que los Estados eran libres de elegir la forma que desearan a condición de que su intención quedara plasmada claramente⁸.

Pese a que se denominan “unilaterales”, estos actos pueden emanar de la voluntad de uno o varios sujetos de derecho internacional con capacidad suficiente, como podría ser una declaración colectiva de varios Estados⁹.

En cuanto a las **personas** que llevan a cabo los actos unilaterales, debe tratarse de autoridades con capacidad para obligar al Estado, similar a la regla que se aplica en la celebración de los tratados: jefes de Estado, jefes de Gobierno, ministros de relaciones exteriores u otros funcionarios autorizados dentro de las esferas de su competencia¹⁰.

párrafo 2. Disponible en

https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2006_v2_p2.pdf.

⁷ CIJ, *Ensayos nucleares* (Australia c. Francia y Nueva Zelandia c. Francia), Fallo, 20 de diciembre de 1974, pp. 267-268, párrafo 45, y p. 473, párrafo 48 (traducción de la CDI).

⁸ CIJ, *Templo de Préah Vihéar* (Camboya c. Tailandia), Fallo, 26 de mayo de 1961, p. 31.

⁹ BARBERIS, Julio, op. cit., p. 132.

¹⁰ Sobre este tema puede consultarse CARON, David, “The Interpretation of National Foreign Investment Laws as Unilateral Acts under International Law”, en ARSANJANI, M. H. et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2011, pp. 649-674; REISMAN, W. Michael y ARSANJANI, Mahnouch H., “The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes”, en DUPUY, P.-M. et al. (eds.), *Völkerrecht als Wertordnung/Common Values in International Law: Festschrift für Christian Tomuschat/Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Stuttgart: Engel Verlag, 2006, pp. 409-422.

En el caso de *Groenlandia Oriental*, la CPJI enfatizó:
“La Corte considera indiscutible que una respuesta de esta naturaleza dada por el Ministro de Relaciones Exteriores en nombre de su Gobierno a una solicitud del representante diplomático de una Potencia extranjera, respecto de una cuestión de su competencia, es vinculante para el país al que pertenece el Ministro¹¹”.

Cabe señalar que la declaración oral del 22 de julio de 1919 formulada por el Sr. Ihlen, Ministro de Relaciones Exteriores de Noruega, relativa a la soberanía de Dinamarca sobre Groenlandia, se considera como el punto de partida sobre la consideración de los actos unilaterales como fuente de obligaciones internacionales¹².

En el caso de las *Actividades armadas sobre el territorio del Congo*, la CIJ sostuvo que

“[...] es una norma bien arraigada del derecho internacional considerar que el jefe del Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores representan al Estado por el mero hecho de ejercer sus funciones, inclusive para realizar en nombre de dicho Estado actos unilaterales que tienen el valor de una obligación internacional¹³”.

“La Corte nota, sin embargo, que es cada vez más frecuente en las relaciones internacionales modernas que otras personas que representan a un Estado en determinados ámbitos sean autorizadas por dicho Estado para obligarlo mediante sus declaraciones en las materias de su competencia. Este puede ser el caso, por ejemplo, de los titulares de carteras ministeriales técnicas que ejerzan, en las relaciones exteriores, poderes que estén dentro de su esfera de competencia, e incluso de determinados funcionarios¹⁴”.

En cuanto a los efectos que producen, los actos unilaterales del Estado crean obligaciones jurídicas para el Estado que los realizó, pero nunca para un tercero. De modo que los destinatarios podrán reclamar

¹¹ CPJI, *Estatuto jurídico de Groenlandia Oriental* (Noruega c. Dinamarca), CPJI, Fallo, 5 de abril de 1933, PCIJ Serie A/B, n. 53, p. 71 (traducción propia).

¹² RODRÍGUEZ CEDEÑO, Víctor y TORRES CAZORLA, María Isabel, “Unilateral Acts of States in International Law”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, versión en línea (2013), párrafo 3. Disponible en <https://opil.ouplaw.com/home/mpi>.

¹³ CIJ, *Actividades Armadas sobre el territorio del Congo (Nueva solicitud: 2002)* (República Democrática del Congo c. Ruanda), Fallo, 3 de febrero de 2006, párrafo 46 (traducción de la CDI).

¹⁴ *Ibíd.*, párrafo 47.

contra el Estado que emitió el acto, en caso de incumplimiento. Por ello, sobre la base de lo manifestado por la CIJ en los casos de los *Ensayos nucleares* y en otros asuntos posteriores, el principio rector 7 de la CDI especifica que las declaraciones unilaterales entrañan obligaciones solo si se las enuncia en términos claros y específicos y, en caso de duda, “tales obligaciones deberán ser interpretadas restrictivamente”¹⁵. Además, para interpretar el contenido de esas obligaciones, se debe tomar en cuenta tanto el texto como su contexto y las circunstancias en que se formuló la declaración unilateral.

El efecto vinculante de los actos unilaterales del Estado se basa en el principio de la buena fe. En efecto, en los célebres casos de los *Ensayos nucleares*, la CIJ sostuvo con relación a las declaraciones francesas sobre los ensayos nucleares atmosféricos lo siguiente:

“Uno de los principios básicos que rigen la creación y el cumplimiento de las obligaciones legales, cualquiera que sea su origen, es el principio de buena fe. La confianza y la seguridad son inherentes a la cooperación internacional, en particular en una época en la que esta cooperación en muchos campos se vuelve cada vez más esencial. Así como la propia regla de *pacta sunt servanda* en el derecho de los tratados se basa en la buena fe, también lo es el carácter vinculante de una obligación internacional asumida por una declaración unilateral. Así, los Estados interesados pueden conocer las declaraciones unilaterales y depositar su confianza en ellas, y tienen derecho a exigir que se respete la obligación así creada”¹⁶.

En cuanto a los destinatarios de los actos unilaterales de un Estado, estos podrían ser cualquier otro Estado o grupo de Estados, una organización internacional u otra entidad, o la comunidad internacional en su conjunto. Si bien las declaraciones más comunes suelen ser las bilaterales, ello no impide que algunas de ellas, al mismo tiempo, estén dirigidas a toda la comunidad y tengan un efecto *erga omnes*. De hecho, las declaraciones de Francia en los casos de los *Ensayos nucleares* si bien resultaban de interés para Australia y Nueva Zelandia, así como para

¹⁵ Comentarios de la CDI a los Principios Rectores, doc. cit., p. 181, comentario al principio rector 7, párrafos 1-2.

¹⁶ CIJ, *Ensayos nucleares*, doc. cit., p. 268, párrafo 46, y p. 473, párrafo 49 (traducción propia).

otros Estados de la región, se considera que fueron hechas *erga omnes* y que se dirigían a la comunidad internacional en su conjunto¹⁷.

En cuanto al **objeto** de los actos unilaterales, este tiene que ser lícito, de lo contrario no podría ser exigible internacionalmente. En tal sentido, el principio rector 8 de la CDI estipula que “Es nula toda declaración unilateral que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”.

En cuanto a la posibilidad de **revocación**, ello dependerá del tipo de acto unilateral del que se trate, ya que algunos podrán ser irrevocables. Por su parte, el principio rector 10 de la CDI establece que la declaración unilateral no puede revocarse arbitrariamente, y enuncia tres criterios que hay que tener en cuenta para determinar el carácter eventualmente arbitrario de la retirada de un acto: si todos los términos de la declaración se refieren específicamente a la revocación; la medida en que los destinatarios de la declaración se basaron en ella; si se produjo un cambio fundamental en las circunstancias. Justamente en los casos de los *Ensayos nucleares*, la CIJ consideró que las declaraciones francesas no conllevaban la invocación de un poder arbitrario de revisión¹⁸.

Finalmente, en cuanto al **contenido**, los actos unilaterales pueden constituir una promesa, una protesta, un reconocimiento, una renuncia, una notificación, entre todos. También debemos mencionar al *estoppel* y la aquiescencia, situaciones que producen la pérdida de derechos para un Estado a partir de su actitud o inacción.

La **promesa** es “una declaración unilateral de voluntad por la que un Estado se compromete a adoptar un determinado comportamiento

¹⁷ Comentarios de la CDI a los Principios Rectores, doc. cit., p. 181, comentario al principio rector 6, párrafo 2. La CDI resalta que Fiji solicitó intervenir en las actuaciones y los gobiernos de Argentina, Fiji y Perú pidieron que se les proporcionasen los alegatos y los documentos anexos, lo que refuerza el carácter *erga omnes* de las declaraciones (ver nota al pie 917).

¹⁸ CIJ, *Ensayos nucleares* (Australia c. Francia y Nueva Zelandia c. Francia), Fallo, 20 de diciembre de 1974, p. 270, párrafo 51 y p. 475, párrafo 53 (traducción de la CDI).

respecto de otro Estado o Estados, sin subordinar dicho comportamiento a una contraprestación por parte del beneficiario de la promesa”¹⁹.

La **protesta** es un acto mediante el cual un Estado manifiesta no reconocer como legítima una pretensión o hecho de otro Estado, con el efecto de impedir la consolidación de una situación²⁰.

El **reconocimiento** es “una manifestación de voluntad de un Estado por la que considera legítima una situación o pretensión”²¹.

La **renuncia** es “un acto unilateral por el que un Estado abandona voluntariamente un derecho o el ejercicio de un derecho”²².

La **notificación** es “un acto por el que un Estado pone en conocimiento de uno o más Estados un hecho o pretensión de los que se pueden deducir consecuencias jurídicas sobre la intención de dicho Estado de beneficiarse de dicho hecho o pretensión”²³.

El **estoppel** es la pérdida de derechos para un Estado que, debido a su actitud pasiva (aquiescencia) ha creado una determinada situación jurídica, la cual llevó a otro Estado a actuar en consecuencia. Así, el primer Estado se ve imposibilitado de manifestarse en sentido contrario a su primera actitud²⁴. Se apoya en el principio de la buena fe y la doctrina de los actos propios.

La **aquiescencia** puede definirse como una inacción calificada desde el punto de vista jurídico, de la que se derivan efectos en el plano del derecho internacional²⁵. De modo que “el Estado que calla ante una

¹⁹ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 3ª ed., 1994, p. 168.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*, p. 167.

²⁴ PASTOR RIDRUEJO, José, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos, 5ª ed., 1994, p. 170. Ver también MARTINS, Ariel, “Actos unilaterales del Estado (segunda parte). Aquiescencia y estoppel”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Errepar, 2015, pp. 247-254.

²⁵ PASTOR RIDRUEJO, José, op. cit., p. 172.

reclamación o comportamiento de otro Estado normalmente merecedor de protesta o de otra forma de acción tendiente a la preservación de los derechos impugnados, consiente la situación”, y se presume que le es oponible²⁶.

III. Los actos unilaterales del Estado en los tribunales de inversión

Varios de los actos unilaterales del Estado a los que se hizo referencia anteriormente han sido invocados en procedimientos ante tribunales arbitrales de inversión. Resulta pertinente observar en qué contextos se invocaron, cómo fueron encuadrados e interpretados por el tribunal, qué requisitos y efectos jurídicos se les reconocieron.

A tales efectos se seleccionaron las decisiones dictadas en 13 casos, entre 2004 y 2017, por tribunales de inversión, en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI) o de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), las que se analizan a continuación.

1. *PSEG Global c. Turquía (CIADI) (2004)*

Este caso involucra el reclamo de varias empresas estadounidenses en relación con la ejecución de un contrato de concesión relativo a un proyecto energético en Turquía. Se invocó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965 (en adelante, Convenio CIADI) y el tratado bilateral de inversiones (TBI) celebrado en 1985 entre Estados Unidos y Turquía.

En la fase de jurisdicción, se hizo referencia a una notificación de Turquía efectuada en 1989, sobre la base de lo establecido en el artículo 25(4) del Convenio CIADI²⁷, por la que dicho Estado señalaba la clase de

²⁶ *Ibíd.* Ver también MARTINS, Ariel, op. cit., pp. 247-254.

²⁷ Dicha disposición establece: “(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta

controversias que podían someterse a la jurisdicción del CIADI²⁸. De acuerdo con Turquía, esa notificación tenía como efecto informar los límites y el alcance del consentimiento al arbitraje que se prestaba en virtud del TBI y, a pesar de no ser considerada una “reserva”, gozaba de efectos jurídicos en tanto declaración unilateral del Estado²⁹. Según Turquía, como Estados Unidos tenía conocimiento de dicha notificación y no la había objetado antes de que el TBI entrara en vigor en 1990, dicho Estado había aceptado las calificaciones que Turquía imponía al consentimiento brindado en el marco del TBI³⁰.

Contrariamente, los demandantes sostenían que la notificación no tenía efecto jurídico obligatorio, sino solo informativo³¹, por cuanto el mismo artículo 25(4) del Convenio CIADI estipulaba que dicha notificación no constituía el consentimiento al que se refería el artículo 25(1)³².

De acuerdo con el tribunal arbitral, cuando se negoció el Convenio CIADI, según lo que surge de sus trabajos preparatorios, estas notificaciones eran un medio útil para informar de antemano el tipo de controversias respecto de las cuales el posible inversor o su Estado de nacionalidad podía o no esperar el consentimiento para el arbitraje, el cual se establecía en un instrumento separado (contrato con el inversor o TBI celebrado con el Estado de nacionalidad del inversor)³³. El consentimiento, si bien se encuentra regulado en el Convenio, no está definido en él, razón por la cual –según el tribunal– las notificaciones

notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior”.

²⁸ Arbitraje, *PSEG Global Inc., la North American Coal Corporation y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía* (Caso CIADI No. ARB/02/5), Decisión sobre jurisdicción, 4 de junio de 2004, párrafo 125.

²⁹ *Ibid.*, párrafos 126-127.

³⁰ *Ibid.*, párrafo 130.

³¹ *Ibid.*, párrafo 131.

³² Dicha norma establece: “(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

³³ *PSEG*, doc. cit., párrafo 138.

conforme al artículo 25(4) no tienen vida propia, sino que dependen del mecanismo por el que se prestó el consentimiento³⁴.

Ya determinado que tales notificaciones no tienen un efecto jurídico autónomo, el tribunal opina que no cabe duda de que califican como actos unilaterales en el derecho internacional, para lo cual cita las decisiones dictadas en los casos de *Groenlandia Oriental y Ensayos Nucleares*. Sin embargo, puntualiza que la notificación en el presente caso no se trata de un acto autónomo, dado que depende del Convenio CIADI, ni tampoco crea una obligación para los Estados contratantes de dicho tratado, sino que está asociada a la reivindicación de un derecho³⁵. Aclara que ningún Estado creería que al realizar una notificación queda vinculado por sus términos, ya que en ese caso no habría diferencia entre notificación y consentimiento, contrario a lo que dispone el Convenio CIADI.

Según el tribunal:

144. Se ha vuelto cada vez más común que los tratados excluyan las reservas y permitan en su lugar declaraciones. Estas declaraciones no alteran los derechos y obligaciones legales en virtud del tratado ni modifican ninguna de sus disposiciones. Son simplemente un instrumento que permite a los Estados expresar cuestiones de política a las que no están vinculados y que no crean derechos para las otras partes. Es una cuestión de información, a la que normalmente se recurre para necesidades domésticas. Esta es también la naturaleza jurídica de las declaraciones realizadas por los Estados en forma de notificaciones en virtud del artículo 25(4) de la Convención. Curiosamente, el Sr. Broches, citado anteriormente, se refirió a estas notificaciones como "declaraciones".

[...]

146. Aunque la práctica de las Partes Contratantes a este respecto con arreglo al artículo 25(4) del Convenio CIADI no es fácil de establecer en vista del hecho de que pocas notificaciones han hecho, cabe señalar, por ejemplo, que los términos de la notificación efectuada por el República Popular de China se reproducen en varios tratados bilaterales de inversión celebrados con otros países. De ello se desprende que los efectos

³⁴ *Ibíd.*, párrafo 139.

³⁵ *Ibíd.*, párrafos 142 y 143.

jurídicos de esos términos surgen de los tratados y no de la notificación como tal³⁶.

En conclusión, el tribunal calificó al acto unilateral del Estado como una notificación, pero no lo consideró un acto unilateral autónomo, por depender de un tratado. En ese contexto, y a la luz de lo que surge de los trabajos preparatorios del Convenio CIADI, le dio un efecto jurídico meramente informativo.

Cabe destacar que, en casos previos, otros tribunales ya se habían referido a las notificaciones en virtud del artículo 25(4) del Convenio CIADI (para destacar que no habían sido efectuadas por parte de los Estados demandados en dichos casos), dejando entrever sus efectos jurídicos, aunque sin calificarlas como actos unilaterales del Estado³⁷.

2. *Joy Mining c. Egipto (CIADI) (2004)*

En este procedimiento arbitral una empresa británica reclamaba por la ejecución de un contrato celebrado en 1998 con un órgano gubernamental egipcio (IMC) vinculado a un proyecto de minería, y solicitaba la liberación de las cartas de garantías que había otorgado en dicho contexto. Además del Convenio CIADI, invocó el TBI celebrado entre Egipto y el Reino Unido en 1975.

Egipto planteó excepciones a la jurisdicción, una de las cuales establecía que, con relación a los reclamos contractuales, debía respetarse la cláusula de foro prevista en el contrato de 1998, referida al arbitraje en virtud de las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Durante la audiencia de jurisdicción, a raíz de los temores de la demandante si llegaban a acudir al arbitraje previsto en la cláusula de foro, los abogados que representaban a la parte demandada hicieron una declaración solemne en la que afirmaban en nombre del Gobierno

³⁶ Traducción propia, citas omitidas.

³⁷ Arbitrajes, *Fedax c. República de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/96/3), Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 11 de julio de 1997, párrafo 33, y *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República Eslovaca* (Caso CIADI No. ARB/97/4), Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, párrafo 65.

egipcio y de IMC que nunca habían planteado y nunca plantearían en el futuro ninguna objeción contra cualquier arbitraje que Joy Mining pudiera presentar contra IMC en busca de remedios en relación con el contrato de 1998, incluidas las cartas de garantía³⁸.

El Tribunal, que terminó declarando su falta de jurisdicción para entender en reclamos contractuales, subrayó que la demandada había brindado en la audiencia la seguridad y el compromiso formal de que honraría el recurso de la empresa al arbitraje de la CNUDMI y que el laudo final sobre el fondo de la controversia sería la base que regiría la liberación de las garantías bancarias. Por cuanto se hizo una declaración solemne en nombre del Estado egipcio y de IMC con la intención expresa de que se pudiera confiar en ella. Al respecto, el tribunal cita los casos de *Groenlandia Oriental* y *Ensayos Nucleares* para reafirmar que las declaraciones formales de los Estados y sus funcionarios constituyen actos unilaterales que dan lugar a obligaciones en las que pueden basarse terceras partes para ejercer sus derechos. En particular, menciona el caso del *Fileteado en el Golfo de San Lorenzo*, en el que un tribunal arbitral sostuvo que el Estado debía estar obligado a cumplir con ciertos compromisos asumidos por abogados y agentes en el procedimiento³⁹. Por lo tanto, IMC tiene la obligación de observar la cláusula de selección del foro del contrato en la medida en que se haya acordado recurrir a los procedimientos de la CNUDMI y acatar las decisiones sobre el fondo que se adopten. Además, el tribunal consideró que la aprobación del contrato por el Ministro de Industria era la expresión del consentimiento otorgado por el Estado egipcio al arbitraje de la CNUDMI, según había asegurado el abogado de la parte demandada⁴⁰. Por otra parte, dado que la declaración solemne del abogado se había hecho en nombre tanto del Estado egipcio como de IMC, Egipto tenía la obligación legal internacional de facilitar la ejecución de cualquier laudo emitido en este caso, en la medida en que se requiriera la intervención del Estado⁴¹.

³⁸ Arbitraje, *Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/03/11), Laudo sobre jurisdicción, 6 de agosto de 2004, párrafo 95.

³⁹ *Ibíd.*, párrafo 96.

⁴⁰ *Ibíd.*, párrafo 97.

⁴¹ *Ibíd.*, párrafo 98.

En síntesis, el tribunal calificó de acto unilateral a la declaración hecha por un abogado que representaba al Estado demandado en ese procedimiento arbitral y le reconoció efectos jurídicos vinculantes, aunque no detalló de qué tipo de acto en particular se trataba, respecto a su contenido. Podría tratarse de una *promesa*, o incluso una *renuncia*, en cuanto a no cuestionar en el futuro la jurisdicción de un tribunal arbitral constituido en virtud de la cláusula de foro del contrato y, a la vez, un *reconocimiento* de que el Ministro de Industria de Egipto ya había prestado su consentimiento al arbitraje, según las reglas de la CNUDMI al aprobar el contrato en cuestión.

3. *MCI c. Ecuador (CIADI) (2007)*

Este arbitraje, en relación con contratos de provisión de energía, fue iniciado por dos empresas estadounidenses sobre la base del TBI celebrado entre Estados Unidos y Ecuador en 1993 y el Convenio CIADI. Algunos de los reclamos se basaban en incumplimientos contractuales, por lo cual, una de las empresas controladas por las demandantes había presentado una demanda ante los tribunales ecuatorianos. En ese contexto, se discutía qué recursos tenía la accionante para tratar de revertir una decisión desfavorable. En virtud de ello, en uno de los memoriales presentado por Ecuador durante la etapa escrita del procedimiento, el Estado hizo referencia a los recursos judiciales disponibles en dicho país.

El tribunal arbitral, que se había declarado incompetente para resolver los reclamos contractuales, interpretó lo manifestado por Ecuador como “el reconocimiento formal de la existencia de un derecho de las Demandantes a recurrir a los tribunales ecuatorianos”⁴². Así, las demandantes podían reclamar ante la justicia ecuatoriana respecto de tales controversias.

Para enfatizar el carácter vinculante de ese acto de reconocimiento, el tribunal sostuvo lo siguiente:

⁴² Arbitraje, *M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine, Inc. c. República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/03/6), Laudo, 31 de julio de 2007, párrafo 353.

“El Tribunal toma nota de que las afirmaciones de las partes contenidas en el procedimiento de arbitraje, expresan, en determinadas circunstancias, el reconocimiento de una obligación pre-existente o generan una nueva obligación exigible por la otra parte. Así es que en el caso *Joy Mining c. Egipto*, el tribunal decidió que la demandada estaba obligada por la declaración de su consejero, expresada durante la audiencia oral, a dar fiel cumplimiento al procedimiento CNUDMI acordado en el contrato y que el laudo sería la base sobre la que se dispondría o no la liberación de la garantía bancaria objeto de la disputa. En igual sentido, el Comité *ad hoc* en el caso *CMS c. República Argentina* decidió la suspensión de la ejecución del laudo sobre la base de una declaración del agente de la demandada por la que se comprometía a dar fiel cumplimiento a lo resuelto en la decisión sobre anulación”⁴³.

En conclusión, el tribunal calificó de reconocimiento a lo manifestado por Ecuador en uno de los memoriales escritos en calidad de parte litigante en el procedimiento arbitral, y le asignó el carácter de una obligación exigible para la contraparte.

4. *Vito Gallo c. Canadá (CPA) (2008)*

Este procedimiento arbitral, administrado por la CPA y regido por las reglas de arbitraje de la CNUDMI, fue iniciado por un inversor estadounidense, propietario de una antigua mina a cielo abierto que estaba destinada a servir como vertedero para desechos domésticos y comerciales no peligrosos de la ciudad de Toronto. El reclamo se vincula con una ley adoptada por la legislatura de Ontario que impedía la eliminación de desechos en el sitio minero Adams. El demandante invocó el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), de 1992.

Como las partes litigantes no se habían puesto de acuerdo en la elección de la sede del tribunal, esta cuestión tuvo que ser decidida por el propio tribunal, sobre la base de las preferencias manifestadas por aquellas, en cuanto a que la sede estuviera en una ciudad ubicada en uno de los Estados partes del TLCAN, que no fuera México. El tribunal estaba ante tres posibilidades: Washington DC, como proponía el demandante; Toronto, como proponía Canadá; Vancouver, como había

⁴³ *Ibíd.*, párrafo 352, citas omitidas.

propuesto en su momento el propio tribunal y que había sido aceptado por el demandado, pero rechazado por el demandante⁴⁴.

La elección de la sede era relevante a los efectos de la eventual presentación de una solicitud de anulación del laudo arbitral. Por ello, según el demandante, a menos que la sede del tribunal estuviera ubicada fuera de Canadá, se corría el riesgo de que el tribunal local anulara un posible laudo a favor de Gallo sobre la base de la aplicación de la ley local de Ontario, que era cuestionada en este arbitraje, la cual establecía la extinción de cualquier causa de acción contra la Corona de Ontario, o un empleado o agente, relacionada con el sitio minero Adams, entre otras situaciones. El inversor temía que la ley pudiera ser interpretada como que representaba la política pública de Ontario y que cualquier corte de Canadá pudiera considerarlo como la política pública de Canadá⁴⁵.

Al respecto, Canadá argumentó en uno de sus escritos que el demandante estaba caracterizando incorrectamente al derecho canadiense, el cual establecía que un tribunal podía anular un laudo si este entraba en conflicto con la política pública de Canadá. Por lo tanto, la anulación no podía solicitarse sobre la base de una ley como la que estaba en juego en ese arbitraje, sino que debía interponerse contra el contenido del propio laudo arbitral. Además, Canadá afirmó que las cortes canadienses, al considerar la anulación de un laudo dictado en el marco del TLCAN, por la causal de política pública, han determinado que el laudo, para ser anulado, debe ir contra principios fundamentales de justicia y equidad⁴⁶.

El tribunal coincidió con lo expuesto por Canadá –que reflejaba la jurisprudencia canadiense– y, en virtud de ello, determinó que no había objeción para fijar la sede del tribunal en este país. Puntualmente, escogió Vancouver, por entender que era la ciudad más apropiada para ser la sede del arbitraje en cuestión. En ese contexto, el tribunal aclaró que, al adoptar su decisión, había confiado en la presentación de la parte

⁴⁴ Arbitraje, *Vito G. Gallo c. Gobierno de Canadá* (Caso CPA No. 2008-03), Decisión sobre la sede del arbitraje, 4 de junio de 2008, párrafo 12.

⁴⁵ *Ibíd.*, párrafo 5.

⁴⁶ *Ibíd.*, párrafo 6.

demandada, que declaró enfáticamente que la anulación no podía solicitarse sobre la base de una ley como la que estaba en juego en ese arbitraje. En palabras del tribunal, “*Canada is bound by its own submission, and the Tribunal expects Canada to stand by it*”⁴⁷.

Si bien el tribunal no se refirió a los actos unilaterales del Estado ni a la jurisprudencia en la materia, queda claro que, sin calificarla de una manera particular (como lo hizo el tribunal del caso *MCI c. Ecuador*), le dio una relevancia especial a la declaración de los representantes de Canadá presentada en un escrito en el marco del procedimiento arbitral, y consideró que dicho Estado se encontraba obligado por ella.

5. *Railroad c. Guatemala (CIADI) (2008)*

Este caso se vincula con los derechos derivados de un contrato de usufructo, celebrado entre una empresa estatal y una empresa guatemalteca, sobre infraestructura y otros bienes para prestar servicios ferroviarios en Guatemala. La demandante cuestionaba un dictamen emitido por la Procuraduría General de Justicia de Guatemala, que recomendaba al Estado declarar nulo el contrato en cuestión. Además del Convenio CIADI, se invocó el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA-DR), de 2004.

La demandante solicitó al tribunal que emitiera medidas provisionales para preservar ciertos documentos que se encontraban en posesión de Guatemala y que resultaban relevantes como medios de prueba en este procedimiento arbitral. Se basaba en la existencia de precedentes de robo, saqueo y destrucción de bienes y documentos gubernamentales en relación con cambios de gobierno en Guatemala, como los acontecidos en 2004 y 2008⁴⁸.

Guatemala, además de oponerse al pedido, señalaba que las pruebas presentadas por la demandante se referían, principalmente, al

⁴⁷ Ibid., párrafo 26.

⁴⁸ Arbitraje, *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/07/23), Decisión sobre medidas provisionales, 15 de octubre de 2008, párrafo 18.

estado desordenado de las oficinas gubernamentales durante la transición de gobierno de 2004. Así, puntualmente, la demandada argumentaba que “la situación al inicio del gobierno de Colom –o de los presidentes anteriores, para el caso– no tiene nada que ver con el manejo de la información en momentos que no sean las transiciones de un partido a otro, y no se debe inferir que el presidente Colom o cualquiera de los miembros de su gabinete tiene o participará en un comportamiento que daría lugar a la pérdida o destrucción de pruebas”⁴⁹.

El tribunal rechazó el pedido de la demandante al considerar que no se había probado que el gobierno de Guatemala hubiera destruido o perdido documentos en 2008, ni tampoco que fuera inminente una destrucción de documentos al momento de tomar la decisión sobre medidas provisionales⁵⁰. Sin embargo, el tribunal advirtió que era consciente de la declaración de Guatemala respecto a que no debía inferirse que el presidente Colom o cualquiera de los miembros de su gabinete hubiera tenido o fuera a tener un comportamiento que resultara en la pérdida o destrucción de pruebas.

Si bien el tribunal no ahondó en detalles respecto de los actos unilaterales y sus efectos jurídicos, podemos asumir que, al darle relevancia a lo expresado por la demandada en uno de sus escritos, al estilo ocurrido en el caso *Vito Gallo*, consideró que Guatemala estaba obligada por su declaración, en la que se podía confiar.

6. *Venezuela Holding c. Venezuela (CIADI) (2010)*

Este asunto se relaciona con reclamos de varias empresas (constituidas en Bahamas, Países Bajos y Estados Unidos) por la nacionalización de parte de Venezuela de dos proyectos petroleros y los desacuerdos sobre el monto de la compensación adeudada. De acuerdo con las demandantes, el tribunal tenía jurisdicción en virtud de lo establecido en el artículo 22 de la ley de inversiones venezolana, por el que Venezuela otorgaba competencia para el arbitraje ante el CIADI, así como en el TBI celebrado entre Venezuela y los Países Bajos.

⁴⁹ *Ibíd.*, párrafo 23 (traducción propia).

⁵⁰ *Ibíd.*, párrafo 35.

Venezuela presentó objeciones a la jurisdicción. Sostuvo que ni la ley de inversiones ni el TBI invocado proveían una base que asignara competencia al tribunal para entender en este caso.

En consecuencia, el tribunal tuvo que interpretar el artículo 22 de la mencionada ley, a fin de determinar si a través de dicha disposición Venezuela había otorgado jurisdicción para el arbitraje de inversión. Para ello comenzó con determinar el estándar de interpretación aplicable, es decir, si debía acudir a las reglas de interpretación venezolanas o a las del derecho internacional⁵¹. El tribunal hizo referencia a varios arbitrajes, en los cuales los tribunales habían tomado posiciones distintas en cuanto al estándar de interpretación aplicable con relación a una ley interna por la que un Estado aceptaba la jurisdicción⁵². También hizo un paralelismo con las declaraciones de aceptación de jurisdicción de la CIJ⁵³.

En ese contexto, el tribunal afirmó lo siguiente:

“La legislación y, de manera más general, los actos unilaterales por los cuales un Estado consiente a la jurisdicción del CIADI deben considerarse como ofertas permanentes a los inversores extranjeros en virtud del Convenio CIADI. En consecuencia, esos actos unilaterales deben interpretarse de conformidad con el propio Convenio CIADI y con las normas de derecho internacional que rigen las declaraciones unilaterales de los Estados”⁵⁴.

Seguidamente, el tribunal se refirió a las reglas que rigen los actos unilaterales en derecho internacional, en particular en cuanto a la distinción efectuada por la CDI entre i) los actos unilaterales formulados en el marco (o sobre la base) de un tratado y ii) aquellos que formulan los Estados en el plano internacional en ejercicio de su libertad de actuar. En este caso, el acto unilateral identificado corresponde a la primera clase. Según el tribunal, ambas clases de actos crean

⁵¹ Arbitraje, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/07/27), Decisión sobre jurisdicción, 10 de junio de 2010, párrafos 70 y 86.

⁵² *Ibíd.*, párrafos 77-82.

⁵³ *Ibíd.*, párrafo 84.

⁵⁴ *Ibíd.*, párrafo 85 (traducción propia).

obligaciones jurídicas, sin embargo, en caso de duda, las obligaciones generadas deben ser interpretadas de manera restrictiva⁵⁵. Además, el tribunal nota que las reglas de interpretación no son exactamente las mismas para las dos clases, ni tampoco son idénticas al régimen de interpretación de los tratados, tal como señaló la CIJ⁵⁶.

En consecuencia, al analizar si el artículo 22 de la ley de inversiones de Venezuela constituye una base de jurisdicción, el tribunal tuvo en cuenta lo siguiente:

- que debe tenerse en cuenta la intención del Estado que formuló el acto;
- que la legislación interna puede desempeñar un papel útil;
- que las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados pueden aplicarse de manera análoga en la medida en que sean compatible con el carácter *sui generis* de los actos unilaterales⁵⁷.

Así, el tribunal consideró el texto de la declaración (que por cierto era ambiguo), su contexto, las circunstancias de su preparación y el propósito, a fin de tratar de determinar cuál había sido la intención de Venezuela cuando adoptó el artículo 22.

El tribunal también se refirió a la invocación, por parte de las demandantes, del principio del efecto útil. No obstante, en su opinión, este principio, que juega un rol en la interpretación de los tratados, no debía ser tenido en cuenta para interpretar declaraciones unilaterales. Siguiendo la jurisprudencia de otros tribunales, tal declaración, en primer lugar, debe ser interpretada de manera compatible con el efecto buscado por el Estado que la hace⁵⁸.

Con esas pautas, el tribunal concluyó que la ley de inversiones no constituía una base de jurisdicción.

En definitiva, el tribunal consideró como acto unilateral a la ley interna por la que un Estado podía aceptar la jurisdicción del tribunal

⁵⁵ Ibid., párrafos 88-89.

⁵⁶ Ibid. párrafos 90 y 92.

⁵⁷ Ibid., párrafo 96.

⁵⁸ Ibid., párrafo 118.

arbitral y determinó que, pese a tratarse de legislación doméstica, el estándar de interpretación aplicable era el del derecho internacional.

7. CEMEX c. Venezuela (CIADI) (2010)

Este reclamo fue iniciado por dos compañías holandesas, Cemex Caracas y Cemex Caracas II, que impugnaban la nacionalización de una compañía venezolana, Cemex Venezuela, en la que tenían una participación indirecta en el capital social. Además del Convenio CIADI, se invocó el TBI Venezuela-Países Bajos (1991). También se invoca, como base adicional de jurisdicción, el artículo 22 de la ley de inversiones venezolana, como aconteció en el caso *Venezuela Holding*, que reseñamos previamente.

El tribunal concluyó que tenía jurisdicción sobre la base del TBI invocado, pero no respecto de la ley venezolana. Coincidió con otros tribunales, en que la interpretación unilateral que haga un Estado, en este caso las autoridades venezolanas, sobre el acto de aceptación de la jurisdicción no es vinculante para el tribunal internacional⁵⁹. Además, debe efectuarse según las reglas del derecho internacional. En palabras del tribunal,

“Los actos unilaterales en virtud de los cuales un Estado consiente a la jurisdicción del CIADI son ofertas permanentes formuladas por un Estado soberano a inversionistas extranjeros conforme al Convenio del CIADI. Esas ofertas pueden incorporarse o no a la legislación interna, pero sea cual fuere su forma, deben interpretarse de acuerdo con el Convenio del CIADI y los principios de derecho internacional que rigen las declaraciones unilaterales de los Estados”⁶⁰.

El tribunal advirtió que “las normas consuetudinarias que rigen las declaraciones unilaterales de los Estados en el derecho internacional nunca han sido codificadas” y se refirió a la distinción efectuada por la CDI en cuanto a que hay declaraciones unilaterales que se realizan en el marco y sobre la base de un tratado y otras formuladas por los Estados

⁵⁹ Arbitraje, *CEMEX Caracas Investments B.V. y CEMEX Caracas II Investments c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/08/15), Decisión sobre jurisdicción, 30 de diciembre de 2010, párrafo 70.

⁶⁰ *Ibíd.*, párrafo 79.

en ejercicio de su libertad de actuar en el plano internacional⁶¹. Si bien ambas pueden crear obligaciones internacionales, el tribunal reconoció que, con las últimas, “se requiere la máxima cautela al establecer si esas declaraciones crean o no ese tipo de obligaciones”⁶². Pero en este caso se trataba de declaraciones realizadas en el marco y sobre la base de un tratado.

Al interpretar el artículo 22 de la ley venezolana a la luz del derecho internacional, el tribunal puso énfasis en tener debidamente en cuenta la intención del Estado, para lo cual el derecho interno podía jugar un papel importante, dado que en este caso se había prestado el consentimiento a través de legislación nacional⁶³. Además, coincidió con otros tribunales en que, si bien el derecho interno y el derecho internacional de los tratados no eran determinantes o dispositivos, no significaba que debían ser ignorados completamente. Las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados podían aplicarse por analogía, si fueran compatibles con el carácter *sui generis* de esas declaraciones.

Así, el punto de partida fue el análisis textual de la declaración unilateral. Sin embargo, ante un texto ambiguo y oscuro, que no tenía un significado natural, el tribunal consideró el principio del efecto útil, que había sido invocado por las demandantes⁶⁴. Pero había que determinar si este principio resultaba aplicable a las declaraciones unilaterales de los Estados. Para ello, el tribunal recordó que la CIJ, en el caso de la *Anglo Iranian*, había reconocido que el principio del efecto útil debía aplicarse, en general, para interpretar el texto de un tratado y, en consecuencia, había interpretado la declaración unilateral de Irán tomando en consideración la intención del gobierno iraní, pero sin aplicar el principio de efectividad (criterio que también siguió en el caso de la *Jurisdicción en materia de pesquerías* con relación a la declaración canadiense de aceptación de la jurisdicción)⁶⁵.

⁶¹ Ibid., párrafo 81.

⁶² Ibid., párrafo 82.

⁶³ Ibid., párrafo 89.

⁶⁴ Ibid., párrafos 103 y 104.

⁶⁵ Ibid., párrafos 110-111.

De acuerdo con la postura de la CIJ, el tribunal arbitral consideró que para interpretar el artículo 22 de la ley venezolana y determinar la intención de Venezuela debía tener en cuenta su contexto, su finalidad y las circunstancias de su preparación⁶⁶. De cualquier forma, aclaró que, aunque el principio del efecto útil fuera aplicable a las declaraciones unilaterales, esto no ayudaría en este caso para la interpretación del artículo 22⁶⁷. Ello sin perjuicio de que, incluso, dicho principio no implicaba darle al texto un efecto útil máximo, sino excluir interpretaciones que tornaran al texto sin sentido⁶⁸.

Con esos elementos, el tribunal determinó que no tenía jurisdicción sobre la base del artículo 22 de la ley venezolana, aunque se declaró competente sobre la base del TBI Venezuela-Países Bajos.

En conclusión, al igual que en el caso *Venezuela Holding*, el tribunal consideró como acto unilateral a la ley interna por la que un Estado podía aceptar la jurisdicción del tribunal arbitral y determinó que el estándar de interpretación aplicable era el del derecho internacional.

8. *Chevron y Texaco c. Ecuador (CPA) (2011)*

En este asunto, varias empresas estadounidenses –que habían firmado contratos de concesión con el gobierno ecuatoriano para la exploración y producción de petróleo en la región amazónica– demandaron a Ecuador por retardo de justicia y abuso de proceso, en relación con una serie de reclamos por incumplimiento contractual que habían sido sometidos a cortes ecuatorianas. Se alegó la violación de obligaciones contenidas en el TBI Ecuador-Estados Unidos. El arbitraje estuvo regido por las reglas de la CNUDMI y administrado por la CPA. El 30 de marzo de 2010 el tribunal emitió un laudo parcial en el que determinó que Ecuador había violado el TBI por la demora indebida de las cortes ecuatorianas en resolver los reclamos contractuales, aunque no hubo un abuso de proceso. El monto final de los daños iba a ser fijado en una fase posterior, en la que también se debía determinar qué

⁶⁶ *Ibíd.*, párrafo 112.

⁶⁷ *Ibíd.*, párrafo 113.

⁶⁸ *Ibíd.*, párrafo 114.

impuestos (en caso de existir) se habrían adeudado a Ecuador de no haber ocurrido una violación del TBI⁶⁹.

En la fase de cuantificación del monto de los daños, el tribunal recordó los compromisos asumidos por Ecuador –en el escrito posterior a la audiencia de la primera ronda–, a través de su representante legal, de no imponer más impuestos o sanciones a ningún laudo del tribunal que tuviera en cuenta los impuestos ecuatorianos aplicables. Puntualmente, la persona que suscribía el mencionado escrito afirmaba estar debidamente autorizada para manifestar ante el tribunal que Ecuador no impondría más impuestos sobre el monto neto del laudo, y que dicha representación y su contenido podían recitarse e incorporarse al laudo mismo con consentimiento del Estado⁷⁰. Al respecto, el tribunal sostuvo que dicha declaración, entre otras realizadas durante el curso del procedimiento, protegía adecuadamente a las demandantes contra la duplicación de impuestos o las sanciones por pago tardío de los mismos. En consecuencia, el tribunal no emitió una orden con respecto a los impuestos y sanciones adicionales solicitados por las demandantes.

Sin referirse a los actos unilaterales del Estado, ni a la jurisprudencia en la materia, el tribunal –al igual que ocurrió en el caso *Vito Gallo c. Canadá*– reprodujo en el laudo la declaración de la representación letrada de Ecuador, presentada en un escrito en el curso del procedimiento arbitral, a la que consideró como un compromiso asumido por el Estado.

9. Pac Rim Cayman c. El Salvador (CIADI) (2012 y 2016)

En este arbitraje, la empresa estadounidense Pac Rim demandó a El Salvador, en su nombre y el de sus subsidiarias (una de las cuales – Pacific Rim– era canadiense), por la denegación de una explotación minera, en virtud de la ley de inversiones de dicho Estado y del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA). El procedimiento estuvo administrado por el CIADI. La parte demandante invocó el CAFTA y el Convenio CIADI, de

⁶⁹ Arbitraje, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. República de Ecuador* (Caso CPA No. 2007-02/AA277), Laudo parcial, 30 de marzo de 2010, párrafo resolutivo.

⁷⁰ *Ibíd.*, Laudo final, 31 de agosto de 2011, párrafo 352.

los que Estados Unidos y El Salvador eran partes, aunque Canadá no se había obligado por ninguno de estos instrumentos.

En su decisión sobre jurisdicción, el tribunal estimó que no tenía jurisdicción sobre la base del CAFTA, pero sí respecto de la ley de inversiones de El Salvador⁷¹. En dicho marco, como ocurrió en otros arbitrajes ya mencionados, se discutió la cuestión de la legislación interna y los actos unilaterales por los que se da consentimiento al arbitraje del CIADI. Según el tribunal, dichos actos constituyen ofertas permanentes brindadas por los Estados y deben ser interpretados por el propio tribunal, de acuerdo con el Convenio CIADI y el derecho internacional que rige las declaraciones internacionales de los Estados⁷². El tribunal no está obligado por la interpretación que haga el Estado demandado.

El tribunal consideró que, como explicaron otros tribunales, si bien la CIJ decidió que debía aplicarse una interpretación restrictiva al interpretar los actos formulados por los Estados en ejercicio de su libertad de actuar en el plano internacional, las reglas de interpretación diferían cuando los actos unilaterales se formulaban en el marco y sobre la base de un tratado como el Convenio CIADI⁷³. Así, las declaraciones debían interpretarse teniendo en cuenta las palabras utilizadas y la intención del gobierno al momento de su formulación, la cual se podía inferir del texto, del contexto, de las circunstancias de su elaboración y sus fines pretendidos⁷⁴. Al aplicar estos criterios a la ley de inversiones bajo análisis, el tribunal concluyó que mediante el artículo 15 de dicha ley, El Salvador había aceptado su jurisdicción⁷⁵.

En el fondo del asunto, la demandante planteó una situación de *estoppel*. Sostuvo que, durante la tramitación de la solicitud de concesión que había presentado, las autoridades indicaron que la empresa Pac Rim, que ya había adquirido los inmuebles necesarios para su proyecto, no debía cumplir con medidas adicionales (como la autorización de los

⁷¹ Arbitraje, *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/09/12), Decisión sobre jurisdicción, 1 de junio de 2012, párrafo 7.1.

⁷² *Ibid.*, párrafos 5.31 y 5.33.

⁷³ *Ibid.*, párrafo 5.34.

⁷⁴ *Ibid.*, párrafo 5.35.

⁷⁵ *Ibid.*, párrafo 5.48.

propietarios superficiales del área donde se llevaría a cabo el proyecto minero) para el otorgamiento de la concesión, aparte de cumplir con el requisito de presentar el permiso ambiental. Así, la demandante alegó que la conducta de El Salvador constituyó una garantía clara e inequívoca de que la ley salvadoreña de minería no ofrecía fundamentos legítimos para denegar la solicitud de concesión⁷⁶. Pac Rim indicó que había confiado en la buena fe de dicha declaración, por lo tanto, como cuestión de derecho internacional y de derecho salvadoreño, El Salvador estaba impedido o imposibilitado, en virtud de la doctrina de los actos propios, de alegar lo contrario en este arbitraje.

Por su parte, El Salvador consideraba que, para que la doctrina invocada pudiera prosperar, se necesitaba de un acto legal específico, claro e inequívoco, conforme a la ley vigente⁷⁷. No había en el derecho salvadoreño un concepto de “impedimento” (*estoppel*) propiamente dicho. Por otra parte, un funcionario gubernamental no tenía autoridad para ofrecer algo que no fuera permitido por la ley. Así, los esfuerzos del Ministerio de Economía para asistir a la empresa en el marco de la solicitud de concesión no podían ser considerados actos inequívocos, ni podían excusar a la demandante del cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la Ley de Minería salvadoreña⁷⁸. El requisito legal que no había sido cumplido (autorización de los propietarios superficiales) solo podía ser modificado por una reforma legislativa que, si bien se había proyectado, finalmente no llegó a concretarse. Según la parte demandada, la empresa tenía en claro esta situación, lo que surgía de pruebas presentadas en el expediente.

El tribunal, citando al profesor Brownlie, menciona dos elementos del *estoppel* según el derecho internacional: 1) una declaración de hecho inequívoca y clara; 2) confianza de buena fe del receptor de dicha declaración. Agrega la siguiente explicación:

“[...] la confianza de buena fe incluye la razonabilidad y, además, [...] una declaración de hecho puede ser hecha por quien hace la declaración a quien la recibe de varias maneras, incluso con palabras, escritos o por medio de la conducta (o una combinación de las tres). Sin embargo, más

⁷⁶ *Ibíd.*, Laudo, 14 de octubre de 2016, párrafos 7.26-7.27.

⁷⁷ *Ibíd.*, párrafo 7.47.

⁷⁸ *Ibíd.*, párrafo 7.48.

allá de la forma que tome, dicha declaración debe ser ‘clara y evidente’ o ‘inequívoca’ [...]”⁷⁹.

En definitiva, el argumento de *estoppel* no prosperó ante el tribunal, al considerar que la demandante tenía la carga de probar los hechos necesarios para fundamentar su postura y no lo hizo⁸⁰. De modo que el tribunal no encontró pruebas convincentes de que los órganos salvadoreños hubieran manifestado a la demandante, mediante palabras, o a través de su conducta, que su solicitud de concesión cumplía con los requisitos legales, sino todo lo contrario. Se había informado desde el inicio que no se habían cumplido los requisitos, e incluso se había mencionado la necesidad de una reforma legislativa, entre otras medidas⁸¹. Con respecto a la reforma de la ley de minería salvadoreña, el tribunal aclaró que la demandante no había invocado una “promesa” de reforma legislativa, ni que se hubiera garantizado la aprobación de la reforma por la legislatura. Sin embargo, de haberse hecho, hubiera sido manifiestamente inconstitucional, por lo que la demandante no podría haber confiado de buena fe en tal promesa⁸².

En conclusión, en este caso se trataron argumentos vinculados con diversos actos unilaterales: la ley interna por la que un Estado acepta la jurisdicción del CIADI, la cual debe ser interpretada de acuerdo con el derecho internacional; el *estoppel* basado en una declaración clara e inequívoca, de la que confió de buena fe el receptor, así como una eventual promesa a él vinculada, la cual, para ser viable, no debe ser inconstitucional.

10. Tidewater c. Venezuela (CIADI) (2013)

Este reclamo fue efectuado por varias empresas, constituidas en diversos países (una de ellas en Barbados), que prestaban servicios de soporte marítimo a la industria petrolera en Venezuela, debido a las consecuencias de la promulgación de una ley sobre reserva al Estado de bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos.

⁷⁹ Ibid., párrafo 8.47.

⁸⁰ Ibid., párrafo 8.48.

⁸¹ Ibid., párrafo 8.49.

⁸² Ibid.

Se invocó el Convenio CIADI y el TBI Venezuela-Barbados (1994), este último en relación con dos de las empresas demandantes. El procedimiento estuvo administrado por el CIADI.

A los efectos de determinar la jurisdicción, la parte demandante invocó la ley de inversiones venezolana y, para dos de las empresas, el TBI. Al igual que ocurrió en los otros casos ya tratados, el tribunal tuvo que determinar si, mediante el artículo 22 de dicha ley, Venezuela había aceptado la jurisdicción del CIADI. Así, en su decisión de jurisdicción, el tribunal se refirió a los distintos tipos de actos unilaterales para luego determinar el estándar de interpretación.

Específicamente, el tribunal identificó tres clases de actos unilaterales:

- 1) los puramente unilaterales (es decir, en sentido estricto), a los que se les aplican los principios de la CDI;
- 2) los que son una causa o consecuencia de un tratado, como actos implicados en el proceso de formación o ejecución de un tratado, a los que se aplican las normas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados;
- 3) los que se adoptan libremente, pero en el marco de un tratado que reconoce esa libertad de acción, a los que se aplican algunas normas específicas⁸³.

En esta última categoría ubicó a la ley venezolana (artículo 22). El tribunal coincidió con otros tribunales en que se trataba de una declaración unilateral del Estado adoptada libremente, pero en el marco de un tratado. En palabras del tribunal:

“En la medida que el artículo 22, siendo una disposición de derecho interno, produce el efecto de consentimiento estatal que prescribe el artículo 25(1) del Convenio del CIADI, podría analizarse como una declaración unilateral de un Estado. Es decir, se trata de una declaración efectuada unilateralmente por un órgano del Estado– el Parlamento– que podría, conforme a una interpretación apropiada, surtir efectos jurídicos en el plano internacional en relación con otros Estados: los Estados Contratantes del Convenio del CIADI y los nacionales de dichos Estados. Inicialmente, el Grupo de Trabajo de la CDI, al definir el alcance de su

⁸³ Arbitraje, *Tidewater Investment SRL y otros. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/10/5), Decisión sobre jurisdicción, 8 de febrero de 2013, párrafo 92.

labor en relación a declaraciones unilaterales, reconoció que no es preciso tratar los actos internos ('leyes, decretos, reglamentos') como actos unilaterales, pero que los 'actos internos que pueden surtir efectos en el plano internacional...debían incluirse, en cuanto esos actos unilaterales generen situaciones jurídicas oponibles conforme al derecho internacional'"⁸⁴.

Para el tribunal, la diferencia radicaba en si el acto se realizaba "dentro o fuera del marco de un tratado"⁸⁵. Si se realizaba fuera del marco de un tratado, correspondía aplicar un enfoque restrictivo en la interpretación, tal como estaba previsto en los principios elaborados por la CDI. Pero este no era el caso, ya que la declaración venezolana se había realizado en el marco de un tratado: el Convenio CIADI.

Al tratarse de un acto jurídico arraigado en el derecho interno, pero cuyos efectos se extienden en el derecho internacional, el tribunal consideró que la ley venezolana debía interpretarse en relación con ambos ordenamientos jurídicos⁸⁶. Puntualmente, en cuanto a los principios de interpretación aplicables, el tribunal se apoyó en el caso de la CIJ sobre *Jurisdicción en materia de pesquerías* y sostuvo:

"Estas normas sui generis aplicables a las ofertas unilaterales de competencia implican que la interpretación ha de realizarse: en forma natural y razonable, teniendo debidamente en cuenta la intención del Estado de que se trate en el momento en que aceptó la competencia obligatoria de la Corte. La intención de un ... Estado puede deducirse no sólo del texto de la cláusula pertinente, sino también del contexto en que ha de interpretarse la cláusula, y de un examen de la prueba referente a las circunstancias de su preparación y de los propósitos que estaba destinada a servir"⁸⁷.

En virtud de ello, el tribunal consideró que, para determinar su competencia debía evaluar si existía la prueba necesaria del consentimiento que requería el artículo 25(1) del Convenio CIADI, "teniendo en cuenta la voluntad común de las partes en que se base el

⁸⁴ Ibid., párrafo 88 (cita omitida).

⁸⁵ Ibid., párrafo 89.

⁸⁶ Ibid., párrafo 86.

⁸⁷ Ibid., párrafo 97 (cita omitida).

arbitraje y el principio general de la buena fe (ampliamente aplicado tanto en el derecho interno como en el derecho internacional)”⁸⁸.

Al aplicar tales lineamientos, el tribunal concluyó que el artículo 22 de la ley de inversiones no debía interpretarse “en el sentido de que otorga el consentimiento escrito de Venezuela para someter a la jurisdicción del Centro todas las diferencias relativas a inversiones con nacionales de otros Estados contratantes del CIADI”⁸⁹.

En síntesis, en este caso, el tribunal efectuó una distinción entre los distintos tipos de actos unilaterales, encuadró a ley interna invocada como base de jurisdicción y determinó el estándar de interpretación.

11. PV Investors c. España (CPA) (2014)

Este caso involucra reclamos de diversos inversores de Alemania, Luxemburgo y Países Bajos, vinculados al sector de energía fotovoltaica en España, debido a la reforma en materia energética emprendida por dicho Estado. Se alegó el incumplimiento de obligaciones contenidas en el Tratado de la Carta de la Energía (TCE). El arbitraje estuvo regido por las reglas de la CNUDMI y administrado por la CPA.

En el Laudo Preliminar sobre Jurisdicción, a la luz de las declaraciones realizadas por los Estados contratantes del TCE sobre políticas, prácticas y condiciones, en virtud del artículo 26(3)(b)(ii)⁹⁰, el tribunal se refirió a los actos unilaterales de los Estados y revisó la jurisprudencia en la materia. Puntualmente, en este arbitraje se hacía referencia al Documento de Transparencia presentado por España en el marco del mecanismo de solución de controversias inversor-Estado previsto en el artículo 26 del TCE, que establecía que el consentimiento de España de conformidad con el artículo 26(3) del TCE estaba sujeto a la

⁸⁸ *Ibíd.*, párrafo 100.

⁸⁹ *Ibíd.*, párrafo 141.

⁹⁰ El artículo 26(3)(b)(ii) de la TCE establece lo siguiente: “En aras de una mayor transparencia, las Partes Contratantes incluidas en el Anexo ID deben especificar por escrito a la Secretaría, no más tarde de la fecha en que se deposite su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación con arreglo al artículo 39, sus políticas, prácticas y condiciones que se apliquen al respecto o depositará su instrumento de adhesión con arreglo al artículo 41”.

condición de que el inversor se retirara de cualquier otro procedimiento iniciado previo al dictado de sentencia de la autoridad competente⁹¹.

El tribunal coincidió con España en que las declaraciones realizadas por las Partes Contratantes del TCE, de conformidad con el mencionado artículo, incluido el Documento de Transparencia de España, debían considerarse actos unilaterales. En tal sentido, el tribunal se refirió a la distinción efectuada en el caso *Tidewater c. Venezuela* respecto a los diferentes tipos de declaraciones unilaterales⁹² y calificó a las declaraciones del artículo 26(3)(b)(ii) del TCE como actos unilaterales del tercer tipo. De modo que el Documento de Transparencia de España era una declaración unilateral formulada en el marco de un tratado por un órgano del Estado (en este caso, el ejecutivo, que actuaba a través del Ministerio de Industria y Energía) y que, según su interpretación, producía efectos jurídicos en el plano internacional frente a las demás Partes Contratantes del TCE y sus inversores⁹³.

En cuanto a las reglas de interpretación aplicables a este tipo de actos unilaterales, el tribunal coincidió con otros tribunales respecto a que una declaración unilateral debía interpretarse de buena fe, teniendo en cuenta las palabras realmente utilizadas. Además, las palabras pertinentes debían interpretarse de forma natural y razonable, considerando debidamente la intención del Estado interesado⁹⁴. Sin embargo, si bien se pone un cierto énfasis en la intención del Estado, dicha intención debía verse reflejada principalmente en el texto de la declaración, que era el principal indicador de la misma⁹⁵.

A la luz de estas reglas, el tribunal concluyó que la entidad que había iniciado el proceso judicial no era un inversor parte en la disputa ante el tribunal arbitral, en el sentido de la declaración española. Por lo

⁹¹ Arbitraje, *The PV Investors c. Reino de España* (Caso CPA No. 2012-14), Laudo Preliminar sobre Jurisdicción, 13 de octubre de 2014 (los párrafos relevantes de esta decisión están disponibles en la base de datos *Investor-State Law Guide*), párrafo 335.

⁹² *Ibid.*, párrafo 331.

⁹³ *Ibid.*, párrafo 332.

⁹⁴ *Ibid.*, párrafo 333.

⁹⁵ *Ibid.*, párrafo 334.

tanto, no se habían cumplido las condiciones para la aplicación de dicho documento⁹⁶.

En este arbitraje, el tribunal siguió los parámetros reconocidos por otros tribunales de inversión en cuanto a la clasificación e interpretación de las declaraciones unilaterales vinculadas a la solución de controversias de inversión, las cuales, en este caso habían sido realizadas en el marco del TCE.

12. RCI Abidjan c. Costa de Marfil (CIADI) (2017)

Este reclamo, que está vinculado al sector del turismo, fue interpuesto por inversores franceses contra Costa de Marfil. Se invocó el Código de Inversiones (2012) de Costa de Marfil y el Convenio CIADI. El arbitraje fue administrado por el CIADI.

El Estado demandado objetó la jurisdicción al considerar que no se habían cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 20 del Código mencionado, el cual requería que los inversores extranjeros declarasen expresamente su consentimiento al arbitraje del CIADI en su solicitud de autorización de inversión, lo cual, según Costa de Marfil, las demandantes no habían cumplido. El tribunal (por el voto de la mayoría) desestimó la objeción y declaró su jurisdicción para entender en la disputa⁹⁷.

Al igual que otros casos reseñados, en su decisión sobre jurisdicción, el tribunal se refirió a la legislación interna como un acto unilateral. Aludió también a los métodos de interpretación.

El Estado demandado sostenía que artículo 20 del Código era claro y sin ambigüedades y que el estándar de interpretación aplicable era el de las reglas del derecho internacional relativas a los actos unilaterales, así como el de los principios del derecho marfileño. Además,

⁹⁶ Ibid., párrafo 337.

⁹⁷ Arbitraje, *Société Resort Company Invest Abidjan, Stanislas Citerici y Gérard Bot c. República de Costa de Marfil* (Caso CIADI No. ARB/16/11), Decisión sobre las Objeciones Preliminares a la Jurisdicción de la Demandada, 1 de agosto de 2017, párrafo 178.

se mostró partidario del estándar de interpretación aplicado por el tribunal del caso *Tidewater c. Venezuela*⁹⁸.

Por su parte, los demandantes no estaban de acuerdo con el sentido que le daba el Estado demandado a la última oración del artículo 20, al que consideraban ambiguo⁹⁹. Sin embargo, estaban de acuerdo en que se trataba de un acto unilateral adoptado libremente en el marco de un tratado (el Convenio CIADI) que reconocía esa libertad de acción¹⁰⁰. También coincidían con el estándar aplicado en el caso *Tidewater c. Venezuela*. En adición, consideraban que, a la luz de las ambigüedades, resultaba de aplicación el principio del *contra proferentem*, según el cual cualquier ambigüedad en la redacción de un texto debía ser interpretada en contra de la persona que lo había redactado que, en este caso, era la parte demandada.

Luego de advertir las contradicciones internas y la falta de coherencia del artículo 20 bajo análisis¹⁰¹, la mayoría del tribunal consideró que el legislador pretendió, mediante la sentencia final del artículo 20, establecer la forma en que podía constituirse un acuerdo de arbitraje para satisfacer los requisitos del Convenio del CIADI o del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI¹⁰². El consentimiento de Costa de Marfil estaba constituido por el propio artículo 20, mientras que el del inversor se daba en la solicitud de autorización de inversión, de modo que, si el órgano interno del Estado luego aprobaba esa solicitud, se perfeccionaba de acuerdo de arbitraje del CIADI.

Por último, la mayoría del tribunal coincidió con las partes litigantes en que el Código era un acto unilateral de Costa de Marfil¹⁰³. De modo que el Estado tenía control total sobre su propio texto y libertad para modificarlo cuando lo considerase oportuno. Además, señaló que, como este era el primer arbitraje del CIADI que surgía sobre la base del Código de 2012, era posible que Costa de Marfil aún no

⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 60.

⁹⁹ *Ibid.*, párrafo 80.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párrafos 76 y 79.

¹⁰¹ *Ibid.*, párrafos 113 y 120.

¹⁰² *Ibid.*, párrafo 137.

¹⁰³ *Ibid.*, párrafo 157.

hubiera tenido la oportunidad de revisar el texto del artículo 20 desde su promulgación. Si al recibir la decisión del tribunal, el Estado mantuviera su desacuerdo con el análisis efectuado, entonces el remedio podía ser rápido y sencillo, ya que podía introducir enmiendas al artículo 20 con el efecto de que los inversores no tuvieran duda sobre la forma en que debían transmitir su consentimiento al arbitraje del CIADI. Pero ello no podía impedir que las demandantes continuaran con sus reclamos en el procedimiento arbitral en cuestión. Llamativamente, el tribunal añadió que esto era “un pequeño precio a pagar” en comparación con la injusticia de tener que informar a las demandantes que, a pesar de la aprobación de su solicitud de inversión por las autoridades de Costa de Marfil y de haber presentado una solicitud de arbitraje del CIADI, no se podía considerar que hubieran dado su consentimiento al arbitraje¹⁰⁴.

El árbitro Kaj Hober, en su opinión disidente, consideró que como los requisitos jurisdiccionales que debía analizar el tribunal estaban establecidos en la legislación interna, debían interpretarse sobre la base de los principios de interpretación del derecho de Costa de Marfil¹⁰⁵. Además, dado que se trataba de una cuestión jurisdiccional en virtud de un tratado internacional (Convenio CIADI), debían aplicarse las reglas y principios de interpretación del derecho internacional, es decir, relacionados con la interpretación de los actos unilaterales de los Estados. Según el árbitro, el consentimiento de la demandada al arbitraje del CIADI en el artículo 20 del Código constituía un acto unilateral: una declaración unilateral de Costa de Marfil. Por lo tanto, la combinación de esos dos enfoques de interpretación daba como resultado los siguientes cuatro elementos interpretativos clave: buena fe; el significado simple (ordinario) de las palabras utilizadas; el contexto en el que se utilizan tales palabras; la intención del Estado al emitir la declaración unilateral. En conclusión, de acuerdo con su interpretación efectuada sobre la base de tales principios, el tribunal no tenía jurisdicción para entender en este caso¹⁰⁶.

En definitiva, hubo acuerdo en que la legislación interna constituía un acto unilateral del Estado, aunque las partes, e incluso los

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ *Ibíd.*, Opinión Disidente del Prof. Kaj Hober, párrafo 5.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, párrafo 15.

árbitros, no coincidieron en la interpretación final del texto, que resultaba poco claro y ambiguo. Solo el árbitro disidente explicó cuáles eran, en su opinión, los elementos interpretativos que debían aplicarse para interpretar estos actos unilaterales.

13. Lighthouse c. Timor Leste (CIADI) (2017)

Este reclamo fue interpuesto por dos empresas: una constituida en Australia y otra en las Islas Seychelles. Se invocó un arreglo contractual sobre suministro de combustible y generadores, la Ley de Inversiones Extranjeras de Timor Leste (2005) y el Convenio CIADI. El arbitraje fue administrado por el CIADI.

Al igual que ocurrió en otros casos, este tribunal tuvo que analizar la legislación interna para determinar si expresaba el consentimiento a la jurisdicción del CIADI, dado que las demandantes lo afirmaban, mientras que la demandada lo rechazaba. En su laudo, el tribunal consideró que dicha legislación constituía una declaración unilateral de un Estado formulada en relación con un tratado (Convenio CIADI). En cuanto al estándar de interpretación, también compartió la postura del tribunal del caso *Tidewater c. Venezuela*¹⁰⁷. Además, agregó que, en dicho contexto, el derecho interno podía desempeñar un “papel útil” para determinar la intención del Estado.

Contrariamente a lo que pretendían las demandantes, en cuanto a que las disposiciones jurisdiccionales debían interpretarse de manera liberal, generosa con el inversor, el tribunal afirmó que las disposiciones de la ley eran claras, por lo que no era necesario recurrir a ninguna interpretación de la intención de los legisladores; un análisis del lenguaje era suficiente¹⁰⁸. Sin perjuicio de ello, frente a la observación de que una interpretación literal podía conducir a “resultados que no estuvieran en línea con el sistema”, el tribunal aclaró que, en su análisis, había tenido cuidado de evitar ese resultado, en particular considerando las

¹⁰⁷ *Lighthouse Corporation Pty Ltd y Lighthouse Corporation Ltd, IBC c. República Democrática Timor Leste* (Caso CIADI No. ARB/15/2), Laudo, 22 de diciembre de 2017, párrafo 151.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, párrafo 152.

intenciones del Estado, el contexto de la ley y la práctica posterior relevante¹⁰⁹.

A partir de la interpretación efectuada, el tribunal concluyó que no tenía jurisdicción para entender en dicho reclamo¹¹⁰.

Una vez más, un tribunal califica a la legislación interna como acto unilateral del Estado y reafirma el estándar de interpretación de acuerdo con lo establecido por otros tribunales de inversión.

IV. Observaciones finales

Como hemos visto, en los arbitrajes de inversión se han invocado diversos actos unilaterales de los Estados: reconocimiento (*MCI*), notificación (*PSEG Global*), *estoppel* (*Pac Rim Cayman*) e incluso lo que el tribunal pudo haber calificado como renuncia o promesa (*Joy Mining*). En algunas ocasiones, los tribunales se han referido a los principios rectores elaborados por la CDI (*Venezuela Holding*, *CEMEX*, *Tidewater*). En general, los tribunales han seguido la triple clasificación de actos unilaterales y, en varios casos, los actos en cuestión fueron encuadrados en lo que hemos denominado “tercera categoría”, es decir, actos unilaterales que se adoptan libremente en el marco de un tratado (*Venezuela Holding*, *Tidewater*, *PV Investors*).

Los actos en juego se corresponden, en general, con las definiciones a las que hemos hecho referencia en la primera parte de este trabajo, aunque los tribunales no siempre identificaron a qué acto particular se estaban refiriendo a la luz de su contenido. Por ejemplo, en el caso *Joy Mining*, se aludió a una declaración solemne efectuada por Egipto durante una audiencia, a través de la cual asumió un compromiso, pero no se especificó de qué acto se trataba (por ejemplo, si era una promesa, una renuncia o un reconocimiento).

En la mayoría de los casos, se consideró que los actos unilaterales invocados generaban obligaciones (*Joy Mining*, *MCI*, *Vito*

¹⁰⁹ *Ibid.*, párrafo 153.

¹¹⁰ *Ibid.*, párrafo 337.

Gallo) –en algunos puede inferirse este efecto, si bien el tribunal no se refirió específicamente a la cuestión (*Railroad*)–. Pero ello no ocurrió en *PSEG Global*, arbitraje en el cual el tribunal identificó una notificación, a la que no consideró como un acto unilateral autónomo, por depender de un tratado –puntualmente el artículo 25(4) del Convenio CIADI–. En ese contexto, y a la luz de lo que surgía de los trabajos preparatorios del Convenio, el tribunal le dio un efecto jurídico meramente informativo.

En varios de los arbitrajes analizados (*Venezuela Holding*, *CEMEX*, *Pac Rim Cayman*, *Tidewater*, *RCI Abidjan*, *Lighthouse*) se discutió si la legislación interna constituía una base de la jurisdicción para el arbitraje internacional. En dicho contexto, los tribunales analizaron si tales leyes calificaban como actos unilaterales y, de ser así, de qué tipo de acto se trataba y si su interpretación debía efectuarse de acuerdo con los principios del derecho doméstico o los del derecho internacional. En este último supuesto, se verificó si eran aplicables los principios de interpretación de los tratados o de los actos unilaterales. En general, los tribunales en cuestión reconocieron que las leyes internas calificaban de actos unilaterales realizados en el marco de un tratado, de modo que no se trataba de actos unilaterales en sentido estricto para los que la CDI elaboró los principios rectores. En consecuencia, no se aplicó el principio de interpretación restrictiva previsto por la CDI. Sin embargo, en algunos casos se señaló que, si hubiera duda, las obligaciones debían ser interpretadas de manera restrictiva (*Venezuela Holding*). Pese a tratarse de legislación doméstica, el estándar de interpretación aplicable era el del derecho internacional (*Venezuela Holding*, *CEMEX*, *Pac Rim Cayman*), si bien no era idéntico al del régimen de interpretación de los tratados. No obstante, algunos tribunales consideraron que la legislación interna también podía desempeñar un papel útil en la interpretación (*Venezuela Holding*, *CEMEX*) o, incluso, que debían utilizarse ambos ordenamientos –interno e internacional– para la interpretación (*Tidewater*). Asimismo, se mencionó que se debía tener especialmente en cuenta la intención del Estado que formulaba el acto unilateral, incluso que la intención debía verse reflejada principalmente en el texto de la declaración (*PV Investors*).

Finalmente, en cuanto a la persona que llevaba a cabo los actos unilaterales invocados, en algunos casos se trataba de abogados o

agentes que representaban al Estado en el propio procedimiento arbitral (*MCI, Vito Gallo, Railroad, Joy Mining, Chevron y Texaco*). En los casos vinculados a legislación, el acto emanaba del poder legislativo que había sancionado la ley (*Venezuela Holding, CEMEX, Pac Rim Cayman, Tidewater*). En otros arbitrajes, se aludió a actos efectuados por órganos del poder ejecutivo (*PV Investors*).

Como puede observarse, los tribunales de inversión evaluaron los actos unilaterales del Estado a la luz del derecho internacional general, citaron la jurisprudencia de la CIJ y su predecesora, la CPJI, e incluso, algunos de ellos aludieron a los principios rectores que rigen las declaraciones unilaterales elaborados por la CDI.

LA DOCTRINA COMO FUENTE AUXILIAR Y SU UTILIZACIÓN EN EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR

*Tamara G. Quiroga & Leopoldo M. A. Godio**

SUMARIO: I. Introducción; II. La doctrina y su carácter de fuente complementaria; III. La doctrina de los internacionalistas en la jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar; IV. Conclusión.

I. Introducción

El rol de la doctrina como medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho internacional se refiere a las publicaciones realizadas por los publicistas de mayor competencia en la especialidad, sin que ello signifique que la actividad académica-científica resulte en la “generación” del derecho, sino que interpreta y sistematiza el derecho existente, además de explicarlo a través de esquemas conceptuales. De este modo, el artículo 38 (1) (d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ) hace referencia al alcance y contenido de las normas jurídicas internacionales existentes.¹

Se ha señalado que la importancia de esta fuente auxiliar es “limitada” en la actualidad y su utilización, por parte de los tribunales internacionales, ha sido –esencialmente– genérica en las ocasiones que

* Tamara G. Quiroga es Abogada (UCA) y Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Profesora de derecho internacional público (UCA-UBA). Miembro del Instituto de Derecho Internacional del CARI y *Visiting Research Fellow* Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (2014).

Leopoldo M. A. Godio es Abogado, Magister en Relaciones Internacionales y Doctor, con tesis *Sobresaliente* y recomendación al “Premio Facultad” (UBA). Profesor de Derecho Internacional Público (UCA-UBA-USI). Miembro Consejero del CARI.

¹ MONCAYO, Guillermo R., VINUESA, Raúl E. & GUTIERREZ POSSE, Hortensia D. T., *Derecho Internacional Público*, 3° Reimp., Buenos Aires, Zavallia, 1990, p. 154.

fue mencionada.² Sin embargo, estudios recientes señalan que su influencia práctica depende de las obras, los magistrados y las razones de su utilización.³

Lo anterior constituye el terreno fértil para considerar el rol actual de la doctrina como fuente auxiliar, para luego examinar su utilización por parte del Tribunal Internacional del Derecho del Mar a través de las consideraciones que han presentado sus jueces. Creemos que el ensayo posee una especial cuota de interés, ya que se trata de un tribunal especializado en el cual la doctrina a utilizarse debería ser *–a priori–* más técnica y específica, de modo que supere las referencias de doctrinarios de derecho internacional en general cuando el uso de esta fuente lo amerite.

En razón de ello, la propuesta del trabajo se estructura en una referencia necesaria a la doctrina como fuente auxiliar en el derecho internacional contemporáneo, para luego dedicarnos a identificar su utilización –en cada caso– por parte del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en plenario, mayorías, salas o votos de sus magistrados, y posteriormente reflexionar si es posible –o no– establecer recaudos adicionales en atención a su carácter de tribunal internacional permanente y especializado. Eventualmente, en la conclusión –a la luz del relevamiento efectuado y la práctica del Tribunal– se retoma la crítica contemporánea a la doctrina como fuente auxiliar para presentar las reflexiones finales desde nuestras propias ideas.

II. La doctrina y su carácter de fuente complementaria

Sobre este punto, existe cierta analogía entre el derecho internacional y el derecho romano. Probablemente no existan otros sistemas legales en los cuales los académicos –o eruditos en la materia– tengan o hayan tenido un impacto tan significativo en la función de dar

² *Íbidem*, p. 155.

³ TORP HELMERSEN, Sondre, *The application of teachings by the International Court of Justice*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2021, pp. 3 y ss.

forma al contenido de las normas o incluso de los principios del derecho.⁴

En el derecho romano, el *ius publice respondendi* aparentaba ser una función realizable públicamente, actividad tan difícil de explicar que se llegó a suponer que se trataría simplemente de una actuación *coram populo*, algo así como un consultorio abierto al público. El *ius publice repondendi* –desde su instauración por Augusto– constituyó un mecanismo ordenador de la actividad de los *iurisprudentes*, seleccionándolos y otorgando a los seleccionados la función pública de *iuris conditores*. En el transcurso del Principado los *responsa prudentium* mantuvieron una alta calidad de su pensamiento jurídico como *interpretes iuris*. Cicerón colocaba ya la *auctoritas prudentium* entre las fuentes del derecho, aunque la verdadera *auctoritas*, desde Augusto, fue la *auctoritas principis*. Gayo define los *responsa* como *sententiae et opiniones* de aquellos a quienes se permitió *iura condere*, que en el caso de coincidencia unánime de opiniones alcanza categoría de *lex*, que para Gayo era el prototipo de la normativa del *ius civile*.⁵

La cuestión de las fuentes del derecho en un sistema jurídico suele estar determinada por un acto jurídico ordenador de las cuestiones jurídicas esenciales. Tal solución es típica de un ordenamiento jurídico nacional. En el espacio internacional, debido a la singularidad del derecho internacional –tanto en el ámbito subjetivo como objetivo, y particularmente por la especificidad del proceso de elaboración del derecho–, el tema de las fuentes del derecho puede dar lugar a dudas e incertidumbres. Se ha logrado un amplio entendimiento con respecto a los tratados internacionales y las costumbres internacionales. Sin embargo, respecto de otras fuentes, la determinación de su naturaleza jurídica, la fuerza vinculante y la base de la obligación no es clara ni obvia. Un cierto indicador importante es, obviamente, la enumeración generalmente aceptada de fuentes incluidas en el ECIJ que, por lo tanto,

⁴ JENNINGS, Robert, “International Lawyers and the Progressive Development of International Law”, en Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 416.

⁵ FUENTESECA, Pablo, “La eficacia vinculante de los *responsa prudentium* romanos”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC)*, Vol. 10, 2006, pp. 413-417.

es un instrumento comúnmente aceptado al querer hacer referencia a este detalle de génesis normativa.⁶

A nivel internacional, no existe una única persona jurídica encargada de la producción legislativa. Por el contrario, el derecho internacional es producido por –ninguno y– todos los sujetos internacionales al mismo tiempo y en múltiples niveles de manera diseminada y asistemática, y esto se debe –principalmente– a la posibilidad de que los sujetos internacionales decidan de manera práctica los “foros de codificación internacionales” en los que quieren participar, ello todo sobre la base del principio inveterado de que el derecho internacional se interpreta sobre la base del consentimiento. Todo esto sin negar que el derecho internacional pretende ser interpretado (también) en el marco de conceptos más amplios como justicia, buena fe y bienestar internacional, conceptos referidos por algunos autores como “la utopía del derecho internacional”.⁷

No sorprende que la cuestión de las fuentes del derecho internacional ha estado –y continúa– en el centro de debates perennes entre juristas y académicos internacionales durante –por los menos– los dos últimos siglos. La identificación de las fuentes del derecho internacional sigue siendo una de las cuestiones jurídicas más controvertidas en la práctica legal internacional. El hecho de que este debate sea tan central, realza su naturaleza controvertida. Curiosamente, su disputa también contribuye a reforzar su carácter fundamental. Esto es tan cierto en la erudición teórica y doctrinal, como lo es en la práctica jurisdiccional.⁸

El contenido del artículo 38 (1) (d) del ECIJ⁹ establece que la doctrina –junto con las sentencias judiciales– denominada como

⁶ WOLFRUM, Rüdiger, “Sources of International Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPIL)* (Mayo 2011). Consulta online el 2/3/2022

⁷ KOSKENNIEMI, Martti, *From apology to Utopia: the structure of international legal argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

⁸ BESSON, Samantha, *International Legal Theory qua Practice of International Law*, en Jean d’Aspremont, André Nollkaemper and Tarcisio Gazzini (eds.), *International Law as a Profession*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 268.

⁹ Artículo 38 del ECIJ establece textualmente: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá

“enseñanzas de los publicistas más calificados de las diversas naciones en el área del derecho internacional” es (solo) un “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. De tal redacción, inicialmente se puede derivar en una conclusión esencial: aquella que sostiene que la erudición juega un papel auxiliar con respecto a las llamadas fuentes clásicas del derecho internacional, como se incluye en los incisos a, b y c del Artículo 38 (1) del ECIJ; es decir, las convenciones, la costumbre y los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Por lo tanto, la principal tarea de los representantes de la doctrina es aclarar las normas jurídicas mediante la prueba su existencia, derivando sus conclusiones de fuentes formales del derecho o de cualquier otro comportamiento de los sujetos de derecho internacional.

Simultáneamente, se debe enfatizar que la importancia de la doctrina para la evolución y funcionamiento del derecho internacional es de vital importancia. No hay dudas de que las enseñanzas de los llamados padres del derecho internacional¹⁰ –así como aquellas posteriormente elaboradas por expertos en la materia– han afectado significativamente el proceso de formación de los principios y normas del derecho internacional y la forma de aquél como sistema jurídico.

Al mismo tiempo, es imposible no advertir que la doctrina posee un carácter diverso y contiene opiniones de autores provenientes de distintos espacios: personas autorizadas por los Estados, académicos designados *ad hoc* para dar una opinión sobre un problema legal, personas agrupadas en grupos de expertos. Las formas y lugares de publicación también son diferentes: monografías, artículos e, incluso blogs de internet, razón por la cual el poder y la importancia de las

aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren”.

¹⁰ LATTY, Franck, “*Fathers of International Law: Recognizing Christine de Pizan*” EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law, June 15, 2019. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/founding-fathers-of-international-law-recognizing-christine-de-pizan/> (consulta online el 15/03/2022).

opiniones individuales pueden evaluarse y diferenciarse.¹¹ Un ejemplo reciente vinculado con la diversidad de los estudios doctrinarios es el informe elaborado por el Comité de Defensa y Relaciones Internacionales de la Cámara de los Lores, publicado el 1º de marzo de 2022 y referido a una evaluación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y su impacto para el Reino Unido.¹²

En el contexto de la redacción del artículo 38 (1) (d), cabe señalar que se menciona a la jurisprudencia y a la doctrina en simultáneo. Esta peculiar alineación de la autoridad de la jurisprudencia y la erudición doctrinaria incita a plantear preguntas sobre la razón por la cual la doctrina posee un elevado nivel de consideración y sobre el grado de conciencia en esta formación del rol de ambos medios auxiliares de determinación de normas jurídicas. Para analizar estos extremos merece particular atención el trabajo preparatorio para la adopción del ECIJ.

El antecedente primario del ECIJ ha sido al Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (ECPJI), órgano judicial de la Sociedad de las Naciones. La adopción de ese instrumento fue sumamente compleja y resulta referencia necesaria para analizar la actual redacción del ECIJ.

El proyecto del artículo 38 (35 al momento de su tratamiento en ocasión de la Sociedad de las Naciones) fue propuesto por el barón Descamps¹³ y textualmente establecía:

“Las siguientes reglas serán aplicadas por el juez en la solución de los litigios internacionales, considerados por aquel en el orden siguiente:

1. derecho internacional convencional, sea general o especial, siendo normas expresamente adoptadas por los Estados;
2. Costumbre internacional, siendo práctica entre naciones aceptada por ellos como ley;

¹¹ SIVAKUMARAN, Sandesh, *The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law*, “International and Comparative Law Quarterly”, Vol. 66, January 2017, p. 37.

¹² Cfr. HOUSE OF LORDS, “Unclos: the law of the sea in the 21st century”, *International Relations and Defence Committee - HL Paper 159*, 2nd Report of Session 2021–22.

¹³ Édouard Eugène François Descamps: jurista y político que representó a Bélgica en las negociaciones y posterior constitución de la Sociedad de las Naciones. Se le atribuye un rol protagónico y determinante en el establecimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Para más datos ver: <https://www.icj-cij.org/en/history> (consulta online el 15/03/2022).

3. las normas de derecho internacional reconocidas por conciencia legal de las naciones civilizadas; 4. La jurisprudencia internacional como medio para aplicación y el desarrollo del derecho”.¹⁴

Finalmente, luego de quince reuniones, el Comité Consultivo de Juristas presentó al Consejo de la Sociedad de Naciones el siguiente texto del artículo 38 (por entonces 35):

“La Corte, dentro de los límites de su competencia definida en el artículo 34, aplicará en el orden lo siguiente: 1. convenios internacionales, generales o particulares, por los que se establecen normas expresamente reconocido por los Estados Contratantes; 2. la costumbre internacional, como prueba de la práctica general, que se acepta como ley; 3 principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; 4. las decisiones judiciales y *las enseñanzas de los publicistas más calificados de las diversas naciones, como medio auxiliar para la determinación del estado de derecho*”.¹⁵

El Estatuto fue adoptado por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones en diciembre de 1920 y transferido al ECIJ en 1945. Durante las negociaciones sobre la elaboración de este último instrumento, el artículo 38 no trajo demasiada controversia y con una mínima modificación fue adoptado. Se hizo mención a que, si bien no fue lo suficientemente bien delineado en su redacción original, funcionaba en la práctica y, debido a la falta de tiempo, no debería ser nuevamente redactado.¹⁶ Merece aquí especial atención hacer referencia a “(...) las enseñanzas de los publicistas más calificados de las diversas naciones, como medio auxiliar para la determinación del estado de derecho” ¹⁷ devenido luego en el artículo 38 (1) (d) cuando establece: “(...) las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas

¹⁴ FITZMAURICE, Malgosia, “History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice”, *Legal Studies Research Paper*, No. 232/2016, p. 4.

¹⁵ Énfasis agregado. Ibídem p. 11. Posteriores debates incluyeron el agregado del inciso referido a la capacidad de la Corte para decidir una controversia *ex aequo et bono*.

¹⁶ PELLET, Alain, “Commentary to Article 38”, en Andreas Zimmermann [et al] (eds), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2nd Ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 743-745.

¹⁷ En la versión original del artículo 35 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, ver más datos: <https://www.un.org/es/ici/permanent.shtml> (consulta online el 15/03/2022).

naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59”.¹⁸

La literatura que hace referencia al Artículo 38 del ECIJ también presenta un hilo relacionado con una intención peculiar de los autores del borrador de este documento.¹⁹ Es decir, es una especie de homenaje al papel de las opiniones académicas en el proceso de formación del derecho de gentes en el pasado, que durante siglos se ha basado en el derecho consuetudinario, intrínsecamente bastante difícil de identificar e interpretar con claridad. Es por ello que la función de determinación, clasificación, explicación y sistematización del derecho internacional, incluyendo la extracción de su esencia a través de la ordenación del *corpus* de decisiones judiciales, es difícil de sobrestimar. Como resultado de la adopción de una solución que prevé un juez que incluya tanto la jurisprudencia como doctrina durante la solución de una disputa – sirviendo ambas formas como medios auxiliares para determinación de una norma de derecho internacional– se tuvo en cuenta, al menos hasta cierto punto, la importancia de estas dos inspiradoras fuentes sustantivas del derecho internacional, sin hacer una distinción seria entre ellos, especialmente sabiendo que los jueces internacionales y los estudiosos del derecho internacional suelen ser, en la práctica, las mismas personas.

La redacción del artículo 38 categoriza a la doctrina como “medio auxiliar” (para la determinación de las reglas de derecho). Esto lleva a analizar el significado de su rol auxiliar como fuente de derecho, es decir, su complementariedad en relación con las otras fuentes mencionadas por el articulado en los incisos a, b y c.²⁰

¹⁸ PELLET, Alain, *op. cit.*, p. 679.

¹⁹ Para un estudio reciente, con interesantes referencias a la actuación de juristas argentinos en la antesala de su redacción, ver LABORÍAS, Alexis Rodrigo, “Corte Permanente de Justicia Internacional”, en Lilian C. del Castillo (dir.), *Cortes y tribunales internacionales. Organización, competencia, procedimiento y jurisprudencia*, Buenos Aires, Astrea, 2021, pp. 119-146.

²⁰ La norma refiere, puntualmente: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

El papel auxiliar de la doctrina ha sido subrayado muy claramente por algunos autores al afirmar que, incluso si se invocaba “los héroes eruditos”, no se podría concluir que estas personas crearan la ley. Los eruditos no son legisladores, no crean la ley en las relaciones internacionales. La importancia de sus opiniones se limita a un papel auxiliar en la determinación de las normas de derecho, que es la fórmula adoptado en el artículo 38 (1) (d).²¹ Sin embargo, eso no pareciera significar que la doctrina no formara parte de un proceso de creación e interpretación del derecho positivo, toda vez que su estudio y análisis se focaliza en todos los factores que pueden afectar una norma, aun cuando estos factores no tengan un carácter decisorio o normativo en el sentido estricto de la palabra.

Los académicos (o eruditos) del derecho internacional incuestionablemente participan en la configuración final de los criterios formales que luego aplican los miembros de la comunidad internacional. Así, la función de quienes se dedican al estudio de esta rama del derecho es desempeñar un papel consistente en organizar, sistematizar e indicar la distinción entre lo que es derecho (y lo que no es).²² El derecho internacional debe su estructura –y la explicación de sus reglas– precisamente a quienes escriben sobre el mismo. En este sentido, las opiniones de juristas respetados son esenciales para el sistema de derecho internacional.²³

Por lo tanto, se puede deducir que existe un acuerdo sobre el carácter auxiliar de la doctrina como fuente del derecho internacional en una perspectiva tal que pueda ser aprovechada para determinar la

²¹ LACHS, Manfred, “Teachings and Teaching of International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 151, 1976, pp. 163-252. En palabras de Lachs, la práctica de la CIJ y la CPJI indica que ambos tribunales han considerado a la doctrina sin apartarse de función de medios auxiliares a los que se recurre solo cuando las fuentes principales no eran adecuadas o carecían de claridad. Sin embargo, en la oportunidad que fueron utilizadas, aquellas se han caracterizado por su gran prestigio. *Ibidem*, p. 218.

²² THIRLWAY, Hugh, “The Subsidiary Sources” en Hugh Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford, Oxford Public International Law, 2019 (consulta online el 03/03/2022).

²³ WOOD, Michael, “Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38 (1) ICJ Statute)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2017 (consulta online el 03/03/2022).

existencia de una norma de derecho internacional y el sentido de la misma. Por otro lado, se puede discutir el problema de la potencial subordinación de la doctrina a otras fuentes en el sentido jerárquico y, debe suponerse simultáneamente, los debates que se plantean acerca del significado de la frase “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”. La esencia de esta incertidumbre se aclara cuando ese atributo –es decir, el de “mayor competencia”– se basa en el potencial individual de un determinado autor, verificando la base de sus habilidades, su conocimiento y su reconocimiento.²⁴

Una conclusión interesante en el contexto del positivismo jurídico y la doctrina como fuente del derecho es que los hallazgos de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones promuevan la formación del derecho positivo, en el sentido de apoyar ese proceso a través de análisis preparatorios, elaboraciones y trabajos de sistematización. La influencia de la doctrina es muy clara en campos o cuestiones del derecho internacional tales como el derecho militar, la soberanía territorial, la libertad de navegación, la libertad de los mares, la libertad diplomática e inmunidad consular, la teoría de las zonas polares y la teoría de la zona contigua.²⁵

La cuestión de la autoridad de la doctrina en el proceso de formación del derecho internacional, puede examinarse desde, al menos, dos puntos de vista: como una cierta totalidad de opiniones formadas por autores destacados, o bien como consideraciones académicas individuales que inician el desarrollo de las llamadas escuelas de derecho internacional. En la literatura podemos encontrar ejemplos de referencias a tales escuelas. Por lo tanto, se puede hacer mención a un cierto fenómeno de formación de una corriente académica específica en torno a una autoridad dada. Si una determinada persona es capaz de convencer a un número significativo de seguidores acerca de su punto de vista, tal ocurrencia evidencia la influencia de la erudición en el desarrollo de la teoría del derecho internacional. Como ejemplo, vale mencionar a (Sir Hersch) Lauterpacht, quien no sólo ha desarrollado un grupo de

²⁴ BUSUTIL, James J., “Practice and Methods of International Law, by Shabtai Rosenne”, *Maryland Journal of International Law*, Vol. 9, Issue 2, 1985, pp. 211-215.

²⁵ SOURANG, Moustapha, “La jurisprudence et la doctrine”, en Mohammed Bedjaoui, *Droit international, bilan et perspectives*, Paris, Editions A. Pedone, 1991, pp. 295-300.

seguidores de sus puntos de vista (acerca del derecho internacional), sino también, como juez de la CIJ²⁶, utilizó sus conocimientos y puntos de vista en la práctica. Además, la continuación y desarrollo del pensamiento de sus predecesores y colegas académicos, especialmente Kelsen, se puede inferir de sus escritos.²⁷

Oscar Schachter, profesor de derecho, miembro del Instituto de Derecho Internacional, editor del *American Journal of International Law* (ASIL) y ex presidente de la Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional, propuso una tesis distinta en su artículo “*The Invisible College of International Lawyers*” (el Colegio Invisible de Abogados Internacionales), en la que sostenía que la comunidad de abogados internacionales dispersos por el mundo y desempeñando diferentes funciones, constituye una especie de “colegio invisible” dedicado al trabajo intelectual común. Este proceso de comunicación y cooperación entre eminentes expertos se evidencia en revistas y anuarios dedicados al derecho internacional, así como la participación de profesores y estudiantes en numerosos congresos, seminarios y coloquios en diferentes partes del mundo. Además, también destacaba la participación de estos abogados en organismos e instituciones oficiales, lo que facilitaba la difusión de este peculiar colegio invisible en la esfera de los gobiernos y el trabajo de las organizaciones no gubernamentales.²⁸ Estos miembros de una *élite* intelectual se convierten en miembros de una comunidad peculiar que, saliendo de la sombra del trabajo académico, dirige los asuntos internacionales en pos de objetivos tan nobles como la paz y el bienestar de la humanidad.²⁹

²⁶ Sir Lauterpacht fue Juez de la Corte Internacional de Justicia entre 1955 y 1960. Para ampliar ver: <https://www.icj-cij.org/en/all-members> (consulta online el 15/03/2022).

²⁷ SCOBIE, Iain G. M., “The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht’s Concept of the International Judicial Function”, *European Journal of International Law (EJIL)*, Vol. 8, Issue 2, 1997, pp. 264-298.

²⁸ SCHACHTER, Oscar, “The Invisible College of International Lawyers”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 72, Issue 2, 1977, p. 217.

²⁹ VILLALPANDO, Santiago, “the ‘Invisible College of International Lawyers’ Forty Years Later”, *European Society of International Law 2013 - 5th Research Forum: International Law as a Profession Conference Paper* No. 5/2013, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2363640> (consulta online el 03/03/2022).

La doctrina en derecho internacional no tiene un carácter impersonal (al contrario, siempre hay grandes nombres detrás); tal comprensión personalista de la erudición del derecho internacional permite suponer que las opiniones en esta área, desarrolladas por académicos, por jueces y por miembros de organismos colectivos y órganos responsables de investigar, ordenar y codificar las normas jurídicas internacionales; reflejan la investigación de individuos particulares con producción académica verificable, que presentan públicamente sus observaciones (y teorías) y son individualmente responsables de la propagación de sus puntos de vista.

Así como los puntos de vista de la doctrina y los académicos individuales pueden afectar el razonamiento de un juez en particular o de un tribunal en su conjunto, una prueba en forma de aplicación de una norma dada por una jurisdicción internacional indica si puede determinarse la (in) existencia de una norma dada en el sistema de derecho internacional. Por lo tanto, es posible que ambas fuentes indicadas en el Artículo 38 (1) (d) del ECIJ sean, en cierto sentido, círculos conectados cuya esencia consiste en la interpenetración de su contenido.

Sobre este particular vínculo entre la doctrina y la jurisprudencia –ambas fuentes auxiliares del derecho internacional– se dedicará el próximo punto, en especial referencia a las decisiones del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

III. La doctrina de los internacionalistas en la jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar

A partir de teoría de las fuentes del derecho internacional y la redacción del artículo 38 del ECIJ, solo la costumbre, los tratados y los principios generales de derecho constituyen –en principio, ya que podrían adicionarse los actos unilaterales, el *estoppel*, la *aquiescencia*, y potencialmente el *soft law* y los actos de las organizaciones

internacionales, entre otros– fuente independiente originadora de obligaciones para los Estados y la resolución de sus controversias.³⁰

Llegado a este punto, Becerra Ramírez señala que los trabajos de los doctrinarios “ayudan a dar forma y orden a las diferentes piezas del derecho internacional [...]. Aunque es difícil decir quiénes son los juristas más destacados, de mayor calificación...”³¹ y por nuestra parte podemos adicionar un interrogante: ¿el planteo que presenta Becerra Ramírez puede presentar una exigencia aún mayor cuando un tribunal especializado pretende recurrir a la doctrina? En otras palabras, la doctrina de los publicistas debe ser “calificada” y “reconocida” en derecho internacional cuando se trata del artículo 38 del ECIJ, pero podríamos incrementar la dificultad y preguntarnos ¿debe exigirse una mayor calificación o reconocimiento específico cuando se trata de un tribunal especializado como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar?

Para poder avanzar en una respuesta a estos interrogantes –que se desprenden de la propuesta enunciada en la introducción– continuaremos con el relevamiento del total de la jurisprudencia del Tribunal y adelantamos que, de los 29 asuntos que han llegado a su conocimiento, ninguna de las sentencias, órdenes y dictámenes elaborados por la mayoría del Tribunal –incluyendo en nuestro examen las incidencias sobre medidas provisionales y excepciones preliminares– posee citas de doctrina, pero que ellas sí se presentan en los votos separados, declaraciones y disidencias de los jueces y jueces *ad hoc*.³²

³⁰ DE BRABANDERE, Eric, “The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”, *Law & Practice of International Courts and Tribunals* Vol. 15, Issue 1, 2016, p. 25. Oppenheim advierte que el significado de “fuente” puede ser empleado en el sentido de “causa”, “base” y “evidencia” del derecho internacional, razón por la cual sirve de poco intentar distinguir a estos términos con demasiada precisión y propone, en solución, adoptar una posición flexible. Pese a las dificultades, el autor señala que es posible diferenciar las reglas de derecho y la forma en que ellas se establecen o modifican, a través de los procesos por los cuales aquellas pueden ser identificadas. JENNINGS, Robert & WATTS, Arthur (eds.), *Oppenheim’s International Law*, Vol. I, 9th Ed., London-New York, Lognman, 1996, p. 23.

³¹ BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, pp. 88-89.

³² A continuación, nos referiremos a todas las referencias doctrinales presentes en la jurisprudencia del Tribunal y por razones de extensión sólo incluiremos la información

Las referencias doctrinales se advierten, tímidamente, ya en el primer caso sometido a conocimiento del Tribunal: en el asunto de pronta liberación del M/V “SAIGA”, la opinión disidente de los jueces Park, Nelson, Chandrasekhara Rao, Vukas y Ndiaye recurre al volumen V de la obra *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary* (editado por Nordquist, Rosenne y Sohn) para examinar el artículo 292 de la Convención de 1982.³³

Cronológicamente, el uso de la doctrina se halla en la opinión separada del Juez Laing –en ocasión del incidente de medidas provisionales en el caso M/V “SAIGA” (No. 2)– quien también recurre a la obra anteriormente comentada –aunque para dedicarse al examen de los antecedentes legislativos del artículo 290 de la Convención de 1982– y a los textos: *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws* (Collins); *Interim Measures in the Hague Court – An Attempt at a Scrutiny* (Sztucki); *Interim Measures of Protection and the Substantive Jurisdiction of the International Court* y *Interim Measures of Protection in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice* (ambos de Merrills); *Interim Protection – A Functional Approach* (Elkind); *Interim Measures of Protection in International Controversies* (Dumwald); *Interim Measures Indicated by International Courts* (Bernhardt); *The Balancing of Interests and the Granting of Interim Protection by the International Court* (Greig); y *The Principles of Equitable Remedies* (Spry).³⁴

Posteriormente, en ocasión de decidirse el fondo de la disputa en el caso M/V “SAIGA” (No. 2), la opinión separada del Juez Wolfrum contiene referencias a las obras *Burden of Proof and Related Issues: A*

necesaria para determinar los criterios de su utilización, es decir, el título de la obra –en cursiva o entre comillas, según se trate de un libro, artículo o capítulo de libro, según lo que se estilaba habitualmente– y el autor.

³³ M/V “SAIGA” (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea*), *Prompt Release, Judgment, Dissenting opinion of Judges Park, Nelson, Chandrasekhara Rao, Vukas and Ndiaye*, ITLOS Reports 1997, p. 62, para. 24. Es necesario aclarar que esta monumental obra no posee los mismos editores en todos sus tomos, tal como lo advertirá el lector más adelante.

³⁴ M/V “SAIGA” (No. 2) (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea*), *Provisional Measures, Order of 11 March 1998, Separate Opinion of Judge Laing*, ITLOS Reports 1998, pp. 46-68.

Study on Evidence Before International Tribunals (Kazazi)³⁵ y *The Rule of Law in International Affairs* (Brownlie).³⁶ En la misma oportunidad, el Juez Nelson elaboró una opinión separada con consideraciones fundadas en *The Law and Practice of the International Court* (Rosenne) e *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice* (Peck y Lee), además de incluir referencias a textos especializados como *The International Law of the Sea* (Colombos), *The Public Order of the Oceans* (McDougal y Burke), *The International Law of the Sea* (O'Connell), *The Nationality of Ships* (Meyers), *Le droit international public de la mer* (Gidel).³⁷ Asimismo, la opinión separada del Juez Anderson también se refirió al texto de Colombos e incluyó justificaciones en el texto *A Handbook on the New Law of the Sea* (editado por Dupuy y Vignes); mientras que la propia opinión separada de Vukas refirió al volumen 2 de la obra ya señalada *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary* (cuyo tomo estuvo a cargo de Nandan y Rosenne), texto al cual también recurre el Juez Laing en su opinión separada y al cual adiciona referencias de *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction* (Jessup), *International Law* (Oppenheim), *The New Law of Maritime Zones* (Rao), *Bunkers. An Analysis of the Practical, Technical and Legal Issues* (Fischer y Lux), *A Guide to the Ship Operator* (Evans), *International Law in Historical Perspective* (Verzijl), *Africa and the International Law of the Sea* (Rembe), *Freedom of Navigation with Special Reference of the International waters in the Middle East* (Lapidot-Eschelbacher) *The Freedom of the High Seas* (Davidson), *The Freedom of the Seas* (Crecraft), *The Exclusive Economic Zone* (Attard), *The Law of the Sea: What Lies Ahead?* (Clinghan), “Exclusivity or predominance of natural resources orientation of article 55 and related articles” (Nelson), *The Exclusive Economic Zone. A Latin-American Perspective* (Orrego Vicuña), *The Law of the Sea* (Churchill y Lowe), *Warwick in New Directions on the Law of the Sea* (Churchill, Simmonds y Welch), *Third United Nations Conference on the Law of the Sea* (Platzöder), entre otros.³⁸

³⁵ M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), *Judgment, Separate opinion of Vice-President Wolfrum*, ITLOS Reports 1999, pp. 94-95, para. 12.

³⁶ Ibidem, p. 111, para. 55.

³⁷ M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), *Judgment, Separate opinion of Judge Nelson*, ITLOS Reports 1999, pp. 116-125.

³⁸ M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), *Judgment, Separate opinion of Judge Laing*, ITLOS Reports 1999, pp. 154-194.

La opinión disidente del Juez Ndiaye en el M/V “SAIGA” (No. 2) justifica sus reflexiones en argumentos doctrinales en *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996* (Rosenne), “La recevabilité des exceptions préliminaires de fond dans le procès international” (Sperdutti), “The Relations of Nationality in Public International Law” (Bownlie), “International Law Problems of Merchant Shipping” (Singh), *International Law* (O’ Connell); y *Le Droit International Public de la Mer* (Gidel).

En el caso del *Atún de Aleta Azul*, el Juez Laing recurrió a la doctrina de los volúmenes IV y V de la obra *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary* (editado por Nordquist, Rosenne y Sohn), y por tratarse de un tema referido a la conservación y administración de recursos vivos ictícolas es que destacó la referencia a *International Environmental Law Anthology* (D’Amato y Engel), además de precisar indicaciones a *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation* (Freestone y Hey) y *The Global Environment: Institutions, Law and Policy* (Vig y Axlerod); entre otros.³⁹ Por su parte, en este caso el Juez *ad hoc* Shearer estableció claras e importantes referencias al texto *The Law of the Sea* (Churchill y Lowe), *Principles of Environmental Law* (Sands) y *The Changing International Law of High Seas Fisheries* (Orrego Vicuña).⁴⁰ Por último, Vukas también recurrió a la doctrina para justificar su opinión –que en este caso, fue disidente– sustentando su consideración en *The World Court* (Rosenne).⁴¹

La determinación de la fianza razonable fue uno de los temas que mereció la opinión separada del Juez Nelson en el caso “*Camouco*” –referido a la pronta liberación del buque y sus tripulaciones–, y, para determinar las circunstancias particulares de ella, se tuvo en cuenta las

³⁹ *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, Separate opinion of Judge Laing, ITLOS Reports 1999, pp. 307 y 310-311, para. 7 y 14-15.

⁴⁰ *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, Separate opinion of Judge *ad hoc* Shearer, ITLOS Reports 1999, pp. 322 y 326.

⁴¹ *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, Dissenting opinion of Judge Vukas, ITLOS Reports 1999, p. 331, para. 3, note 1.

consideraciones vertidas en el artículo “L’ interprétation du ‘raisonnable’ par les juridictions internationales: audela du positivisme juridique?” (Corten).⁴² En este mismo asunto, Vukas utilizó *The System for Settlement of Dispute under United Nations Convention on the Law of the Sea. A Drafting History and a Commentary* (Adede), “The Prompt Release of Vessels and Crews before the International Tribunal for the Law of the Sea: A Preparatory Report” (Lagoni), además de emplear el volumen V de la obra *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary* (editado por Nordquist, Rosenne y Sohn).⁴³ En este asunto, Wolfrum analizó la proporcionalidad de las funciones del artículo 292 y acudió –para argumentar su opinión disidente– a la doctrina alemana en *Europäische MenschenrechtsKonvention* (Frowein/Peuker).⁴⁴

En el caso del buque “*Monte Confurco*”, el Juez Nelson presentó una opinión separada y recurrió a la contribución presente en “Le concept de raisonnable en droit international public” (Salmon)⁴⁵; mientras que Anderson argumentó en disidencia utilizando el artículo “The ilegal and unregulated fishery for toothfish in the Southern Ocean, and the CCAMLR catch documentation scheme” (Agnew).⁴⁶

En el caso del “*Grand Prince*”, el Juez Nelson realizó una breve declaración en la cual aprovechó para justificar la actualidad de una sentencia a través del curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya sobre “The Legal Position in Internacional Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers” (Watts)⁴⁷. Por su parte, el Juez Anderson presentó una referencia al volumen II de la obra *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary* (editado por Nordquist, Grandy, Nandan y Rosenne) en el análisis del

⁴² “*Camouco*” (Panama v. France), *Prompt Release, Judgment, Separate opinion of Vice-President Nelson*, ITLOS Reports 2000, p. 48, note 7.

⁴³ “*Camouco*” (Panama v. France), *Prompt Release, Judgment, Dissenting opinion of Judge Vukas*, ITLOS Reports 2000, pp. 60-64, para. 3-6.

⁴⁴ “*Camouco*” (Panama v. France), *Prompt Release, Judgment, Dissenting opinion of Judge Wolfrum*, ITLOS Reports 2000, pp. 70-71, para. 14.

⁴⁵ “*Monte Confurco*” (Seychelles v. France), *Prompt Release, Judgment, Separate opinion of Vice-President Nelson*, ITLOS Reports 2000, pp. 124-125.

⁴⁶ “*Monte Confurco*” (Seychelles v. France), *Prompt Release, Judgment, Dissenting opinion of Judge Anderson*, ITLOS Reports 2000, p. 129.

⁴⁷ “*Grand Prince*” (Belize v. France), *Prompt Release, Judgment, Declaration of Vice-President Nelson*, ITLOS Reports 2001, p. 47.

término “arrest” y aportó las reflexiones desarrolladas en el artículo “Observations on Vessel Release under the United Nations on the Law of the Sea” (Oxman).⁴⁸ Finalmente, el Juez Laing elaboró una opinión separada y recurrió a “Ship Registration” (Ready) al momento de su argumentación.⁴⁹

En el asunto de la *Planta de MOX*, el Juez Nelson presentó una opinión separada y recurrió al volumen V de la obra *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary* (editado por Nordquist, Rosenne y Sohn).⁵⁰ Por las particularidades del caso, el Juez Anderson buscó asistencia en la obra *Seas at the Millennium: An Environmental Evaluation* (Sheppard), *International Maritime Boundaries* (Charney y Alexander); y en el volumen II de la obra *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary* (Nandan y Rosenne) en lo referido al artículo 123 de la Convención.⁵¹

El caso de pronta liberación del buque “*Volga*” también fue aprovechado por los jueces del Tribunal para recurrir a la doctrina en la elaboración de sus votos y opiniones. Entre ellas, Vukas efectuó una declaración y utilizó la contribución de René-Jean Dupuy “The Sea under National Competence” en la obra *A Handbook on the New Law of the Sea* (Dupuy y Vignes), “Entitlement to Maritime Areas of Rocks Which Cannot Sustain Human Habitation or Economic Life of Their Own” (Kwiatkowska y Soons); y “The legitimacy of CCAMLR” (Davis).⁵² En la misma Orden, el Juez Cot desarrolló una opinión separada y empleó el trabajo “Le concept de raisonnable en droit international public” (Salmon)⁵³; mientras que la opinión disidente del Juez Anderson invocó la doctrina sobre *Arrest of Ships* (Berlingieri), y el volumen V de la obra

⁴⁸ “Grand Prince” (Belize v. France), *Prompt Release, Judgment, Separate opinion of Judge Anderson*, ITLOS Reports 2001, pp. 55 y 57.

⁴⁹ “Grand Prince” (Belize v. France), *Prompt Release, Judgment, Separate opinion of Judge Laing*, ITLOS Reports 2001, p. 59, para. 5, note 6.

⁵⁰ *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, *Provisional Measures, Order of 3 December 2001, Separate opinion of Vice-President Nelson*, ITLOS Reports 2001, p. 115, para. 2.

⁵¹ *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, *Provisional Measures, Order of 3 December 2001, Separate opinion of Judge Anderson*, ITLOS Reports 2001, pp. 128-130.

⁵² “Volga” (Russian Federation v. Australia), *Prompt Release, Judgment, Declaration of Vice-President Vukas*, ITLOS Reports 2002, pp. 43-46, para 5, 6 y 8.

⁵³ “Volga” (Russian Federation v. Australia), *Prompt Release, Judgment, Separate opinion of Judge Cot*, ITLOS Reports 2002, p. 53, para 18.

United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary (editado por Nordquist, Rosenne y Sohn).⁵⁴

En el caso de pronta liberación del “Juno Trader”, se presenta una particularidad en el uso la doctrina: el Juez Rao desarrolló su opinión separada e incluyó un trabajo de su autoría titulado “ITLOS: The First Six Years” y la obra *The Law and Practice of the International Court* (Rosenne).⁵⁵ En este mismo proceso, Treves presentó una opinión separada en la que consideró la situación de los derechos humanos de la tripulación detenida y recurrió a “Human Rights and the United Nations Convention on the Law of the Sea” (Oxman) y “Droit de la mer et droits de l’homme” (Vukas).⁵⁶

Los siguientes casos fueron los procesos de pronta liberación de los buques “Hoshinmaru” y “Tomimaru”. En el primer asunto, se presentaron referencias al *Black’s Law Dictionary* en votos individuales⁵⁷ y, en el segundo caso, Nelson formuló una declaración individual y citó textualmente a Lowe.⁵⁸ Posiblemente, la ausencia de una mayor proliferación de citas y consideraciones doctrinales se encuentre en que el Tribunal agotó prácticamente los argumentos e interpretaciones de las normas aplicables al instituto de pronta liberación de buques y sus tripulaciones.⁵⁹

⁵⁴ “Volga” (*Russian Federation v. Australia*), *Prompt Release, Judgment, Dissenting opinion of Judge Anderson*, ITLOS Reports 2002, p. 60, para 10-11.

⁵⁵ “Juno Trader” (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau*), *Prompt Release, Judgment, Separate Opinion of Judge Chandrasekhara Rao*, ITLOS Reports 2004, pp. 65 y 69, para. 5 y 18.

⁵⁶ “Juno Trader” (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau*), *Prompt Release, Judgment, Separate Opinion of Judge Treves*, ITLOS Reports 2004, p. 72, para. 3.

⁵⁷ “Hoshinmaru” (*Japan v. Russian Federation*), *Prompt Release, Judgment, Declaration of Judge Lucky* ITLOS Reports 2005-2007, p. 57.

⁵⁸ “Tomimaru” (*Japan v. Russian Federation*), *Prompt Release, Judgment, Declaration of Judge Nelson* ITLOS Reports 2005-2007, p. 101.

⁵⁹ GODIO, Leopoldo M. A., “El Tribunal Internacional del Derecho del Mar y su contribución a la pronta liberación de buques”, en Leopoldo M. A. Godio (comp.), *El sistema de solución de controversias de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: contribuciones de su experiencia*, Buenos Aires, Eudeba, 2019, pp. 205-222.

En la disputa sobre delimitación marítima entre Bangladesh y Myanmar –la primera en su tipo sometida ante el Tribunal– aparecen referencias doctrinales a “Vers une conception territorialiste de la délimitation maritime” y “Délimitation maritime et délimitation terrestre”, (ambas de Weil)⁶⁰; “Method, Oppositeness and Adjacency, and Proportionality in Maritime Boundary Delimitation” (Legault y Hankey), “Natural Prolongation: Have the Rumors of its Demise Been Exaggerated?” (Lloyd), “A Geometric Variable Scope of Delimitations: the Impact of a Geological and Geomorphological Title to the Outer Continental Shelf” (Kunoy) y “Some Recent Developments in the Law Relating to the Continental Shelf” (Anderson).⁶¹

En el caso del buque *M/V “Louisa”*, el Juez Cot elaboró una opinión separada en la cual se preguntó sobre la posible comisión de un fraude al Tribunal en la controversia. Para ello, recurrió al texto “Celebrating a Fraud on the Court” (Schwebel). Asimismo, examinó el poder inherente de las cortes y tribunales a través de los textos *International Adjudications* (Moore), “The Inherent Powers of International Courts and Tribunals” (Brown) y *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary* (Zimmerman, Tomuschat y Oellers-Frahm,) y *Professional Ethics at the International Bar* (Sarvarian).⁶² El Juez Jesus, en su opinión disidente, también citó el mismo texto que comenta el ECIJ y adicionó la obra *Law and Practice in International Courts* (Rosenne) para, finalmente cerrar su voto con una

⁶⁰ *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, Separate opinion of Judge Ndiaye, ITLOS Reports 2012*, pp. 171 y 174-175, para. 80 y 86.

⁶¹ *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, Separate opinion of Judge Gao, ITLOS Reports 2012*, pp. 201-202, 225, para. 16, 88.

⁶² *M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Judgment, Separate Opinion of Judge Cot ITLOS Reports 2013*, pp. 105, 112-113, 118, y 120, para. 1, 29, 35, 55 y 64. En particular, este último texto fue citado en versión “borrador” y el Juez Cot dejó asentado este carácter y el agradecimiento al doctrinario citado, al expresar: “False or fraudulent statements are not unprecedented in international courts and tribunals. I would like to thank Dr Arman Sarvarian, who has allowed me to consult an advance copy of his work *Professional Ethics at the International Bar*, soon to be published by Oxford University Press, for the valuable information and analysis in this leading work on the subject”. *Ibidem*, p. 113, para. 35.

referencia textual a Thirlway, en su trabajo *The Law and Procedure of the International Court of Justice*.⁶³

La declaración del Juez Nelson en la controversia del *M/V “Virginia G”* contiene una mención a la obra *Precedent in the World Court* (Shahabuddeen).⁶⁴ En el mismo asunto, el Juez Lucky presentó una opinión separada y justificó sus consideraciones sobre la prueba documental en el texto *Evidence in International Litigation* (Amerasinghe)⁶⁵; mientras que el Juez Paik utilizó las consideraciones de O’Connell como parte de la contribución al libro *The International Law of the Sea* (Shearer).⁶⁶

La controversia del *M/V “Virginia G”* tuvo cuatro votos en disidencia y uno de ellos fue conjunto entre los jueces Hoffmann, Marotta Rangel, Rao, Kateka, Gao y Bouguetaia, lo que evidencia un ajustado resultado sobre algunos aspectos del caso. En lo que nos interesa, el grupo de magistrados recurrió a la entrada sobre “Compensation” (Wittich) de la *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*; y al texto “The Law of the Sea and the Margin of Appreciation” (Cot).⁶⁷

En cuanto a las disidencias individuales, el Juez Ndiaye citó “La recevabilité des exceptions préliminaires de fond dans le procès international” (Sperduti), “Origin and historical development of the rule” (Cançado Trindade) y refirió especialmente a las críticas de la doctrina al invocar los textos *The Law of the Sea* (Churchill y Lowe), *The New*

⁶³ *M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, Judgment, Dissenting Opinion of Judge Jesus ITLOS Reports 2013, pp. 145 y 154-155, para. 22, 57-58 y 69.

⁶⁴ *M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau)*, Judgment, Declaration of Judge Nelson, ITLOS Reports 2014, p. 131, para. 5.

⁶⁵ *M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau)*, Judgment, Separate opinion of Judge Lucky, ITLOS Reports 2014, pp. 174-175, para. 11.

⁶⁶ *M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau)*, Judgment, Separate opinion of Judge Paik, ITLOS Reports 2014, pp. 195-196, para. 4. El Juez Paik utilizó, asimismo, distintos diccionarios jurídicos especializados para el examen del término “necesariedad”. Ibidem, pp. 202-204, para. 21-25.

⁶⁷ *M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau)*, Judgment, Joint Dissenting Opinion of Vice-President Hoffmann and Judges Marotta Rangel, Chandrasekhara Rao, Kateka, Gao and Bouguetaia, ITLOS Reports 2014, pp. 219 y 225-226, para. 22, 50 y 52.

International Law of Fisheries (Burke), *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea* (Kwiatkowska) y *The International Law of the Sea* (Rothwell y Stephens), cuya cita transcribe.⁶⁸ El Juez Jesus recurrió a *The International Law Commission's Articles on State Responsibility-Introduction, Text and Commentaries* (Crawford)⁶⁹; mientras que el Juez *ad hoc* Sérvulo Correia utilizó *The Exclusive Economic Zone in International Law* (Attard), Brownlie's *Principles of Public International Law* (Crawford), *Droit international public* (Daillier y Pellet), *The Exclusive Economic Zone – Regime and Legal Nature under International Law* (Orrego Vicuña), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires* (Crawford) e *International Arbitration* (Bollecker-Stern).⁷⁰

En el caso de la Fragata “ARA Libertad” y la orden de medidas provisionales decretadas por el Tribunal, es posible advertir el uso de doctrina en dos votos: 1) el Juez Rao elaboró una opinión separada y compartió las observaciones de Colombos en *The International Law of the Sea* y las reflexiones de Oxman en “The Regime of Warships Under the United Nations Convention on the Law of the Sea” a quien cita textualmente⁷¹; y, 2) en la opinión separada –en conjunto– de Wolfrum y Cot, quienes examinaron la figura del *estoppel* siguiendo las

⁶⁸ M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau), *Judgment, Dissenting Opinion Judge Ndiaye*, ITLOS Reports 2014, pp. 253, 277–278, 309–310 y 312, para. 95, 111, 192 y 202. Adicionalmente, recurre a la doctrina para justificar algunas consideraciones en materia de reparación y cita *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (Brigitte Bollecker-Stern). *Ibidem*, p. 336, para. 294.

⁶⁹ M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau), *Judgment, Dissenting Opinion Judge Jesus*, ITLOS Reports 2014, pp. 343–344, para. 27 y 29.

⁷⁰ M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau), *Judgment, Dissenting Opinion Judge ad hoc Sérvulo Correia*, ITLOS Reports 2014, pp. 359, 375–377, 391–393, 395–397, para. 1, 16, 27 y 29. Asimismo, entre la doctrina citada se encuentran los libros *A Theory of Constitutional Rights* (Alexy), cuestión llamativa ya que no se podría considerar *prima facie* como un jurista calificado o siquiera dedicado especialmente a la reflexión del derecho internacional. Lo mismo puede afirmarse respecto de las referencias a *Administrative Law* (Leyland y Anthony), *The Constitutional Structure of Proportionality* (Klatt y Meister), *EU Administrative Law* (Craig) o *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado* (Cortez). *Ibidem*, pp. 379, 382–385 y 391–392, para. 18–21 y 27.

⁷¹ “ARA Libertad” (Argentina v. Ghana), *Provisional Measures, Order of 15 December 2012, Separate opinion of Judge Rao*, ITLOS Reports 2012, pp. 361–362, para. 11 y 16.

consideraciones de Bowett en “‘Estoppel Before International Tribunals and its Relation to Acquiescence’”.⁷²

La opinión consultiva presentada por la *Comisión Subregional de Pesquerías* fue analizada por el Tribunal y sus Miembros. Aunque no se advierte la utilización de doctrina en el dictamen elaborado por la mayoría, uno de sus integrantes presentó su opinión separada para analizar la posible existencia de *non liquet* y su entrada en el *Dictionnaire de droit international public* (Salmon).⁷³

En la orden de medidas provisionales decretada por el Tribunal respecto del buque “*Arctic Sunrise*”, los jueces Wolfrum y Kelly consideraron el artículo “The Problem of the ‘Non-Appearing’ Defendant Government” (Fitzmaurice)⁷⁴; mientras que el Juez Paik utilizó el volumen V de la obra *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary* (editado por Nordquist, Rosenne y Sohn) y *Contemporary Developments in Legal Techniques in the Settlement of Disputes* (Bowett).⁷⁵

La segunda controversia sobre delimitación marítima sometida a conocimiento del Tribunal tuvo dos etapas: una primera dedicada a medidas provisionales, en la que no se utilizó doctrina; y una segunda, con la sentencia sobre el fondo de la disputa y que tuvo, en la opinión separada del Juez Paik, referencias al volumen II de la obra *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary* (editado por Nordquist, Grandy, Nandan y Rosenne).⁷⁶

⁷² “*ARA Libertad*” (Argentina v. Ghana), *Provisional Measures, Order of 15 December 2012*, *Joint separate opinion of Judges Wolfrum and Cot*, ITLOS Reports 2012, p. 378, para. 61.

⁷³ *Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission, Advisory Opinion*, 2 April 2015, *Separate opinion of Judge Ndiaye* ITLOS Reports 2015, p. 76, para. 6.

⁷⁴ “*Arctic Sunrise*” (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), *Provisional Measures, Order of 22 November 2013*, *Joint separate opinion of Judges Wolfrum and Kelly*, ITLOS Reports 2013, p. 258, para. 6.

⁷⁵ “*Arctic Sunrise*” (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), *Provisional Measures, Order of 22 November 2013*, *Separate opinion of Judge Paik*, ITLOS Reports 2013, pp. 271-274, para. 2-3.

⁷⁶ *Delimitation of the maritime boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d’Ivoire)*, *Judgment, Separate opinion of Judge Paik*, ITLOS Reports 2017, pp. 178-179, para. 2.

La siguiente disputa, que involucró la solicitud de medidas provisionales en el caso del “*Enrica Lexie*” contó con algunas fuentes de doctrina en tres de las opiniones disidentes. En la primera de ellas, el Juez Ndiaye citó el texto *The Development of International Law by the International Court* (Lauterpacht).⁷⁷ En la misma oportunidad, el Juez Lucky presentó algunas reflexiones sobre la separación de poderes y la relación entre el derecho internacional con el local, con fundamentos en “The General Principles of International Law” (Fitzmaurice) y “The Relations between International Law and Municipal Law” (Borchand).⁷⁸ El tercer voto con indicación doctrinal es del Juez Heidar, quien recurrió a la opinión de los dos primeros presidentes del Tribunal en los trabajos “Provisional Measures in the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS)” (Mensah), e “Interim (Provisional) Measures of Protection” (Wolfrum).⁷⁹

El asunto del M/V “*Norstar*” tuvo referencias doctrinales en la Sentencia de Excepciones Preliminares, puntualmente en las declaraciones separadas de Cot quien recurrió a la entrada “Local Remedies, Exhaustion of” de la *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Crawford y Grant)⁸⁰; y Heidar, quien utilizó *The Law and Practice of the International Court 1920–2005* (Rosenne).⁸¹ En oportunidad de las opiniones separadas, el Juez Lucky justificó algunas referencias a las fuentes del derecho internacional según el texto *The General Principles of International Law* (Fitzmaurice), “Estoppel in the

⁷⁷ “*Enrica Lexie*” (Italy v. India), *Provisional Measures, Order of 24 July 2015, Dissenting Opinion of Judge Ndiaye*, ITLOS Reports 2015, p. 226, para. 33.

⁷⁸ “*Enrica Lexie*” (Italy v. India), *Provisional Measures, Order of 24 July 2015, Dissenting Opinion of Judge Lucky*, ITLOS Reports 2015, p. 283, para. 57.

⁷⁹ “*Enrica Lexie*” (Italy v. India), *Provisional Measures, Order of 24 July 2015, Dissenting Opinion of Judge Heidar*, ITLOS Reports 2015, pp. 287–288 y 290, para. 3, 6 y 12.

⁸⁰ M/V “*Norstar*” (Panama v. Italy), *Preliminary Objections, Judgment, Declaration of Judge Cot*, ITLOS Reports 2016, p. 114, para. 2.

⁸¹ M/V “*Norstar*” (Panama v. Italy), *Preliminary Objections, Judgment, Declaration of Judge Heidar*, ITLOS Reports 2016, p. 120, para. 13.

jurisprudence of the ICJ” (Ovchar), *International Law* (Shaw)⁸² y Ndiaye citó textualmente el *Dictionnaire de droit international public* (Salmon).⁸³

En oportunidad de decidirse el fondo del asunto, la opinión disidente de los jueces Cot, Pawlak, Yanai, Hoffman, Kolodkin y Lijnzaad, junto al Juez *ad hoc* Treves, utilizó la obra *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary* (Proelss), con referencias a *Le droit international public de la mer: le temps de paix* (Gidel); *Principles of public international law* (Brownlie), *Jurisdiction in international law* (Ryngaert), *International Law* (Evans).⁸⁴

Kittichaisaree emitió una declaración en la que analizó las facultades del Estado rector del puerto frente a los buques extranjeros y justificó su idea en trabajos de doctrina como *Non-Flag State Enforcement in High Seas Fisheries* (Rayfuse), *Shipping Interdiction and the Law of the Sea* (Guifoyle), “The Exclusive Jurisdiction of Flag States: A Limitation on Pro-active Port States?” (Honniball), “Port State Enforcement: A Comment on Article 218 of the 1982 Law of the Sea Convention” (McDorman) y *Jurisdiction over Ships: Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea* (Ringbom)⁸⁵.

Ndiaye presentó una opinión separada en la cual consideró, entre otras cuestiones, la competencia del Estado en función de la nacionalidad y su atribución, para luego citar “The Relations of Nationality in Public International Law” (Brownlie). Asimismo, utilizó doctrina para su análisis del instituto de la buena fe y el abuso del derecho en la Convención de 1982 y el estándar de la prueba aplicable a la controversia, a través los textos *Dictionnaire de droit international public* (Salmon), “La théorie des preuves devant les juridictions internationales” (Wittenberg), *Identity and Continuity of States in*

⁸² M/V “Norstar” (*Panama v. Italy*), *Preliminary Objections, Judgment, Separate opinion of Judge Lucky*, ITLOS Reports 2016, p. 220, para. 97-69.

⁸³ M/V “Norstar” (*Panama v. Italy*), *Preliminary Objections, Judgment, Separate opinion of Judge Ndiaye*, ITLOS Reports 2016, p. preliminares norstar, Ndiaye, p. 147.

⁸⁴ M/V “Norstar” (*Panama v. Italy*), *Judgment, Dissenting Opinion of Judges Cot, Pawlak, Yanai, Hoffmann, Kolodkin, Lijnzaad and Judge ad hoc Treves*, ITLOS Reports 2018-2019, pp. 5 y 8-9, para. 19, 31 y 35.

⁸⁵ M/V “Norstar” (*Panama v. Italy*), *Judgment, Declaration of Judge Kittichaisaree*, ITLOS Reports 2018-2019, pp. 2 y 5, para. 6 y 13.

International Law (Marek) y el artículo de su propia autoría “Les Falklounines et le droit international” (Ndiaye), entre otros.⁸⁶ Finalmente, la evidencia del proceso fue un aspecto que mereció la opinión separada del Juez Lucky, quien refirió doctrina contenida en la obra *Evidence in International Litigation* (Amerasinghe).⁸⁷

El siguiente asunto analizado por el Tribunal fue la solicitud de medidas provisionales solicitada por Ucrania respecto de tres buques detenidos por la Federación Rusa. Entre las declaraciones efectuadas por el Juez Kittichaisaree se encuentra la referencia doctrinal a los trabajos preparatorios del artículo 298 de la Convención de 1982, analizados en el volumen V de la obra *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary* (editado por Nordquist, Rosenne y Sohn) y coherentes con la posterior cita a Klein, en su reconocido trabajo *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*. Asimismo, el Juez recurrió a las obras *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary* (Proelss), *International Law in Theory and Practice* (Scharter), “Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Courts” (Warioba), “Do International Courts Enhance Compliance with International Law?” (Alter), “A Compliance-Based Theory of International Law”, (Guzman) y “Formal Commitments and States’ Interests: Compliance in International Relations” (Carneiro y McLaughlin Mitchell).⁸⁸

En este mismo asunto, el Juez Lucky elaboró una opinión separada y citó los artículos académicos “Non-Appearance before the International Tribunal for the Law of the Sea” (Ndiaye), “The General Principles of International Law” (Fitzmaurice), “The Relations between International Law and Municipal Law” (Borchard).⁸⁹ El Juez Gao, por su

⁸⁶ M/V “Norstar” (*Panama v. Italy*), *Judgment, Separate Opinion of Judge Ndiaye*, ITLOS Reports 2018-2019, pp. 33, 37-38, 41 y 47.

⁸⁷ M/V “Norstar” (*Panama v. Italy*), *Judgment, Separate Opinion of Judge Lucky*, ITLOS Reports 2018-2019, p. 35, para. 113.

⁸⁸ *Detention of three Ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, *Provisional Measures, Order of 25 May 2019, Declaration of Judge Kittichaisaree*, ITLOS Reports 2018-2019, pp. 314-315, 319 y 328, para. 4, 13 y 35.

⁸⁹ *Detention of three Ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, *Provisional Measures, Order of 25 May 2019, Separate Opinion of Judge Lucky*, ITLOS Reports 2018-2019, pp. 342-343, para. 13 y 18.

parte, citó las obras *The International Law of the Sea* (Colombos) y *The South China Sea Arbitration: A Chinese Perspective* (Talmon y Jia), además de los artículos “Maritime Law Enforcement and the Aggravation of the South China Sea Dispute: Implications for Australia” (Letts, McLaughlin y Nasu) y “Interpretation and application of Article 298 of the Law of the Sea Convention in Recent Annex VII Arbitrations: An Appraisal” (Zhou y Ye).⁹⁰

En el proceso de medidas provisionales sobre el *M/T “San Padre Pio”* el Juez Kittichaisaree emitió una declaración en la cual empleó doctrina sobre “Offshore Bunkering in the Exclusive Economic Zone” (Lagoni), “Coastal State Regulation of Bunkering and Ship-to-Ship (STS) Oil Transfer Operations in the EEZ: An Analysis of State Practice and of Coastal State Jurisdiction under LOSC” (Testa), “Delineating the Exclusivity of Flag State Jurisdiction on the High Seas: ITLOS issues its ruling in the *M/V ‘Norstar’* Case” (Collins) y la contenida en la obra *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary* (Proelss).⁹¹ El Juez *ad hoc* Petrig recurrió –en su opinión separada– al artículo “Interim Measures for the Protection of Human Rights” (Higgins).⁹²

IV. Conclusión

El uso de la doctrina en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, desde su constitución en 1996 hasta la actualidad⁹³, amerita reflexiones previas a formular las propias. En este punto, resulta conveniente señalar que Torp Helmersen advirtió sobre la –posible– interacción entre *practitioners* y *scholars* a través de la cita doctrinaria

⁹⁰ *Detention of three Ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 25 May 2019, Separate Opinion of Judge Gao, ITLOS Reports 2018-2019, pp. 345 y 349-350, para. 3 y 19-20.

⁹¹ *M/T “San Padre Pio” (Switzerland v. Nigeria)*, Provisional Measures, Order of 6 July 2019, Declaration of Judge Kittichaisaree, ITLOS Reports 2018-2019, p. 414, para. 2.

⁹² *M/T “San Padre Pio” (Switzerland v. Nigeria)*, Provisional Measures, Order of 6 July 2019 Separate opinion of Judge *ad hoc* Petrig, ITLOS Reports 2018-2019, p. 449, para. 7.

⁹³ Hasta la fecha, el 15 de marzo 2022.

por parte de los magistrados, tarea que ayuda a sistematizar el derecho, además de presentar reflexiones y críticas más amplias.⁹⁴

En su análisis, el autor considera “sorprendente” que “(...) in the ITLOS is that no majority opinion has ever cited teachings. The complete absence of teachings from majority opinions is an indication that teachings play at best a minor role in the ITLOS’ decision-making. Teachings could play a bigger role in practice, but that is not reflected in the ITLOS’ written opinions”⁹⁵ y considera que ello puede deberse a distintas razones, que van desde “celos y envidia”, la procedencia geográfica o cultural y otros tipos de diferencias “sistemáticas y arraigadas a nivel institucional”.⁹⁶

Asimismo, advierte que “(...) the individual opinions that do cite teachings, often simply cite them in a footnote without any further comment. In other words, there is a lack of engagement with teachings”.⁹⁷

En nuestra opinión sobre el primer aspecto, creemos que ello no es necesariamente correcto, ya que no corresponde teorizar sobre circunstancias o hipótesis que –en el mejor de los casos para justificar esta afirmación– podrían ser coyunturales, máxime si se tiene en consideración las sucesivas modificaciones en la composición de un tribunal internacional que ya posee veinticinco años de funcionamiento. En todo caso, pensamos que es más probable que los magistrados del Tribunal eviten utilizar un enfoque académico y decidan aplicar una técnica de redacción forense más propia de un tribunal internacional profesional, además de intentar mantener la mayor objetividad posible sobre la construcción de la sentencia u opinión consultiva.

⁹⁴ TORP HELMERSEN, Sondre, “The Application of Teachings by the International Tribunal for the Law of the Sea”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 11, 2020, p. 21.

⁹⁵ Ibidem, p. 25. El autor agrega que, en comparación a otros tribunales y foros internacionales como el CIADI, el sistema de Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC y el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) han citado un promedio mayor de doctrina. Sin embargo, el mismo jurista reconoce que el promedio del Tribunal Internacional del Derecho del Mar es similar a la CIJ.

⁹⁶ Ibidem, pp. 25-26.

⁹⁷ Ibidem.

Respecto de la ubicación en notas al pie o dentro del cuerpo principal del voto, declaración y opinión disidente, tampoco es una pauta de compromiso del juez con las ideas de la doctrina citada en cada caso puntual. Un simple relevamiento visual de los documentos permite advertir la ausencia de uniformidad y estilo de redacción entre los votos, al punto que algunos magistrados ni siquiera establecen numeraciones en los párrafos o notas al pie de página, razón por la cual podría, del mismo modo, afirmarse que la referencia bibliográfica como nota al pie de página puede obedecer a cuestiones estéticas, prolijidad u otra motivación más que intentar alejarse de la doctrina citada, la cual obviamente no posee obligación de incluir.

Sin embargo, coincidimos con Torp Helmersen en un escenario probable: es difícil explicar la ausencia total de doctrina en los votos mayoritarios del Tribunal.

Por nuestra parte, consideramos necesario advertir que existe una clara utilización de doctrina internacionalista por parte de los magistrados del Tribunal, a excepción de la actuación del Juez *ad hoc* Sérvulo Correia en el caso *M/V “Virginia G”*, quien evidentemente se apartó de una corriente que incluye textos especializados en derecho internacional, derecho del mar, navegación, derecho ambiental y otros textos específicos –incluso sobre aspectos procedimentales en tribunales internacionales– según las particularidades del caso.

Queda entonces recordar nuestros interrogantes: ¿es la doctrina aún una fuente útil (e incluso relevante) para los tribunales internacionales? y ¿pueden los tribunales internacionales especializados, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, establecer recaudos y exigencias al momento de su utilización?

De nuestro relevamiento podemos afirmar que la doctrina aún posee utilidad, particularmente cuando se trata de temas tan puntuales en un tribunal especializado, con la exigencia y preparación que poseen sus magistrados, quienes son versados en derecho del mar y no poseen una mera formación como internacionalistas de carácter general – máxime si se recuerda que en su primera composición todos los Miembros fueron negociadores o funcionarios durante la III Conferencia, además que gran parte de ellos son autores, directores o encargados de

las principales publicaciones en la materia– aspecto que en lugar de habilitar una crítica negativa al Tribunal, corresponde ser presentada como un auténtico mérito si se advierte que su utilización –en general– ha superado una referencia teórica en la mayoría de los casos.

En efecto, la historia del accionar de esta jurisdicción internacional revela una relación notoria y evidente entre las dos fuentes auxiliares contenidas en el artículo 38 (1) (d) del ECIJ, relación consistente en un impacto de la doctrina sobre el razonamiento judicial toda vez que sus jueces son (o han sido) doctrinarios en materia de derecho internacional del mar. Además, han sido formados por centros académicos reconocidos en la materia o han participado en foros internacionales de codificación en los cuales –previamente– han establecido en sus puntos de vista o han abierto sus opiniones a factores externos que impactan en el desarrollo del derecho del mar y sus nuevas ideas en el ámbito global.

En sus años de existencia, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha construido su reputación en torno a la gestión de procedimientos expeditivos y eficientes, consolidó la codificación del derecho internacional público y ha contribuido sustancialmente al desarrollo progresivo del derecho internacional. Esta jurisdicción internacional especializada ha adoptado –cuando resultó necesario– un abordaje pragmático a fin de asistir a las partes involucradas en la controversia para el encuentro de una solución satisfactoria. En esta búsqueda, el Tribunal ha considerado en todo momento la dignidad de la persona humana y la protección del medio marino. Su continuo y significativo aporte en la búsqueda de soluciones pacíficas a las controversias internacionales puestas a su consideración, ha sido considerado de manera satisfactoria por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.⁹⁸

De lo dicho, podemos afirmar que en esta jurisdicción internacional –con competencia material en el derecho del mar– la acentuada influencia mutua y la interpenetración de la doctrina

⁹⁸ TUERK, Helmut, “The International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS)”, en A. Vaughan Lowe & Robin R. Churchill (eds.), *Reflections on the Contemporary Law of the Sea*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, Chapter 7.

académica jurídica y su propia jurisprudencia, otorgaría protagonismo a dos fuentes auxiliares mencionadas en el Artículo 38(1) (d) del Estatuto de la CIJ, considerando –de manera indistinta– su utilización como herramienta necesaria para el desarrollo progresivo de la materia.

En última instancia, debemos estar de acuerdo con las opiniones que sostienen que la creación del derecho internacional es un proceso altamente complejo y sofisticado, en el que los puntos de vista de los doctrinarios constituyen un factor importante en el desarrollo del derecho. Aun cuando estos puntos de vista permanecen habitualmente en el trasfondo de las decisiones reales adoptadas por consenso, no sería incorrecto afirmar que, sin erudición, sería difícil imaginar un sistema de derecho internacional –y en particular aquel referido al derecho del mar– como un sistema coherente, lógico y claro –creado por los Estados y las organizaciones internacionales– características inmanentes de todo orden normativo.

LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA LEY N.º 24.080 SOBRE LA PUBLICACIÓN DE TRATADOS EN EL BOLETÍN OFICIAL: ENTRE EL MONISMO Y EL DUALISMO

Tomás Mariano Guisado Litterio*

SUMARIO: I. Introducción; II. Monismo y dualismo; III. Monismo y la Constitución Nacional; IV. La Ley N.º 24.080; V. Análisis de constitucionalidad; VI. Responsabilidad internacional; VII. Reflexiones finales.

I. Introducción

En las cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público de las facultades de derecho de nuestro país, normalmente se enseña que la Argentina, a diferencia de otros Estados, como Brasil y el Reino Unido, sigue un modelo monista¹. Esto es decir

* Abogado (UBA) y Magíster en Relaciones Internacionales (UBA). Docente de Derecho Internacional Público (UBA). Becario de la Sesión de Invierno 2020 de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Miembro del Instituto de Derecho Internacional del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. Integrante de Proyectos de Investigación DeCyT y UBACyT.

¹ Al respecto, ver (entre otros): DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los Tratados Internacionales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 196; VANOSSI, Jorge R.A., *Régimen Constitucional de los Tratados*, El Coloquio, Buenos Aires, 1969, pp. 179-182; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, 3ª ed., Zavallia, Buenos Aires, 2000, p. 649; BARBERIS, Julio A., “La relación ente el derecho internacional y el derecho interno en la República Argentina” en *Jornada sobre los Sistemas de Protección Jurídica de la Persona Humana*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 1991, p. 19; BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1998, T. I, pp. 287-288; GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., “Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno” en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S. (dir), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Erreius, Buenos Aires, 2015, p. 278; VÍTOLO, Alfredo M., “Una novedosa categoría jurídica: el ‘querer ser’. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del ‘control de convencionalidad’” en *Pensamiento Constitucional*, n.º 18, 2013, pp. 361-362; SOLA, Juan V., *Manual de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2010; GODIO,

que el ordenamiento jurídico argentino recepta automáticamente las normas que vinculan al Estado en el orden internacional, sin necesidad de un acto ulterior que recepte estas normas de fuente internacional y las “traduzca” al derecho interno.

Sin embargo, aún se encuentra vigente una norma de jerarquía legal que limita, como veremos, al menos ciertos efectos jurídicos de determinados tratados internacionales en lo que respecta al ordenamiento interno argentino. Se trata de la Ley N.º 24.080 de Publicación en el Boletín Oficial de Tratados Internacionales en los que Argentina sea Parte, concretamente su art. 3º, que dispone que los tratados internacionales que establezcan obligaciones para las personas físicas y jurídicas, que no sea el Estado Nacional, son obligatorios solo después de su publicación en el *Boletín Oficial de la República Argentina* (BORA). El BORA, como es sabido, es editado a diario por la Dirección Nacional del Registro Oficial, dependiente de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación.

El presente capítulo tiene por objeto analizar el frecuentemente soslayado artículo 3º de la Ley N.º 24.080 que, pese a su trascendencia, es rara vez tenido en cuenta por los operadores jurídicos argentinos al momento de determinar la integración de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico argentino. En primer lugar, se definirá al monismo y se lo diferenciará de la doctrina dualista. Luego, se indagará el sentido

Leopoldo M. A., “El Digesto Jurídico Argentino y el derecho internacional. Críticas, reflexiones y propuestas” en *El Derecho*, Tº 260, Vol. 458, 2014; FARINELLA, Favio, “Mercosur: en dirección opuesta (Jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal - Brasil)” en *El Derecho*, Tº 181, Vol. 1331, 1999; SPOTA, Alberto A., “El derecho de la integración, en las Constituciones de los Estados parte del Mercosur. La Constitución Argentina” en *El Derecho*, Tº 180, Vol. 1296, 1999; ALEGRE, Marcelo, “Monismo en serio: “Fontevicchia” y el argumento democrático” en *Pensar en derecho*, n.º 10, 2017, pp. 28-29; SAGÜÉS, Néstor, *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 165-166; GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 244; MONCAYO, Guillermo R., VINUESA, Raúl E. y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., *Derecho Internacional Público*, Zavalía, Buenos Aires, 1990, T. 1, p. 63; CASTORINA DE TARQUINI, María C., “Supremacía de la Constitución. El nuevo orden” en VV.AA., *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 171-172; BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2008, p. 60; GOLDSCHMIDT, Werner, “El derecho internacional y el derecho interno argentino” en *El Derecho*, Tº 23, p. 423; LEGARRE, Santiago, “El tratado internacional y su ley aprobatoria en el derecho argentino” en *La Ley*, Vol. 1996-A, n.º 1009, 1996, pp. 6-7.

de los términos de la citada cláusula legal, se valorará su contenido y se planteará si, de alguna manera, su vigencia importa un desplazamiento al dualismo como modelo de incorporación de normas internacionales al ordenamiento interno. Por otra parte, se escrutará la constitucionalidad del artículo a fin de determinar si debiese ser dejado de lado por los tribunales argentinos. Por último, se analizará qué consecuencias podría acarrear la aplicación de esta norma por los órganos del Poder Judicial y el Ejecutivo, en lo que respecta a la responsabilidad internacional del Estado.

II. Monismo y dualismo

En primer lugar, corresponde realizar una aclaración: la cuestión de monismo y dualismo tiene que ver con el modo en que el derecho internacional se incorpora al derecho interno, independientemente de qué jerarquía gozará en este segundo ordenamiento normativo una vez receptado. La adscripción a un modelo monista no importa necesariamente, como a veces se sugiere², que los tratados prevalezcan por sobre las leyes dictadas por el órgano legislativo doméstico. El lugar que las normas internacionales convencionales o consuetudinarias ocupen dentro de la “pirámide *kelseniana*” de cada Estado no se encuentra encadenado a las condiciones de su incorporación a dicha pirámide.

La tensión entre el monismo y el dualismo como modelos antagónicos de recepción de normas internacionales en los

² En el fallo “CSJN, ‘Merk Química Argentina S.A. c/ Gobierno de la Nación s/ Interdicto’, 09/06/1948, Fallos: 306:174”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el monismo implica la supremacía del derecho internacional por sobre la Constitución, mientras que el dualismo conlleva lo inverso. El tribunal pasó luego a declarar que, en tiempos de paz, la República Argentina es dualista, mientras que, en tiempos de guerra, es monista. La doctrina de este polémico pronunciamiento no ha sido replicada en jurisprudencia posterior, aunque todavía persiste una corriente que entiende que la disyuntiva monismo-dualismo pasa por la relación jerárquica entre las fuentes del derecho interno y las del derecho internacional. Esta confusión probablemente se deba al hecho de que los sistemas dualistas suelen otorgar igual rango jerárquico a los tratados y las leyes, mientras que los sistemas monistas tienden a ser más respetuosos de los compromisos internacionales y otorgar a los tratados jerarquía supralegal, aunque no tenga que ser necesariamente así (LEGARRE, Santiago, *opus cit.*, p. 5).

ordenamientos jurídicos internos es, desde fines del siglo XIX, un debate clásico entre los teóricos del derecho internacional y constitucional. La discusión, como es habitual en estos casos, no se ciñe a lo jurídico, sino que tiene sus aristas políticas, ideológicas e, incluso, filosóficas. Mientras que el monismo se condice con una apertura a la internacionalización de los ordenamientos internos, quizás exponiendo una raigambre iusnaturalista, el dualismo privilegia la soberanía estatal y se basa en las nociones más estrechas del positivismo jurídico formalista³.

En su célebre *International Law*, Lassa Oppenheim explicaba que, de acuerdo con la doctrina dualista, el derecho internacional y el derecho interno son dos sistemas jurídicos separados. En este esquema, “el derecho internacional no forma *como tal* parte del derecho interno del Estado: en la medida en que normas internacionales de derecho internacional pueden llegar a ser aplicadas dentro de un Estado, lo son en virtud de su adopción por el derecho interno del Estado, y se aplican como normas de derecho interno y de derecho internacional”. De esta manera, el derecho internacional y el derecho interno no comparten un ámbito de aplicación⁴. Mientras que el primero regula las relaciones entre Estados (y, eventualmente, otros sujetos de derecho internacional), el derecho interno está llamado a regir las relaciones de los particulares entre sí y para con el Estado.

Puede visualizarse un ordenamiento interno dualista como un compartimento estanco, impermeable a la penetración del derecho internacional. González Napolitano explica que, en estos modelos, se requiere de una adaptación de la norma internacional con anterioridad a que pueda ser aplicada en el derecho interno. La norma internacional solo puede ser aplicada de modo indirecto, una vez que su contenido ya haya sido receptado y replicado por una norma de naturaleza interna. Así, un acto formal del Estado se ocupa de “transformar” la norma internacional en una compatible con el ordenamiento interno, para que pueda entonces ser reconocida y ejecutada. Este acto formal puede ser

³ DUPUY, Pierre-Marie, “International Law and Domestic (Municipal) Law” en WOLFRUM, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2011.

⁴ JENNINGS, Robert y WATTS, Arthur (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., Longman, Londres, 1996, Vol. 1: Peace, p. 53 (traducción propia).

una ley dictada por una legislatura, un decreto emanado de un jefe de gobierno, un monarca o un ministro de relaciones exteriores u otro tipo de formalidad, como la “promulgación” o publicación en una gaceta oficial⁵.

El monismo, en su esencia, postula que el derecho internacional y el derecho interno conforman dos subsistemas integrados en un único sistema jurídico abarcador⁶. La consecuencia de este razonamiento es que el derecho internacional se incorpora inmediata y automáticamente al ordenamiento nacional, y las normas internacionales pueden ser aplicadas de modo directo por los órganos internos del Estado como parte de su propio ordenamiento jurídico. En virtud de lo expuesto, en estos modelos los particulares pueden invocar las normas internacionales ante los tribunales domésticos como si emanaran de los propios órganos del país, ya que estas se tornan exigibles en el plano nacional en cuanto entren en vigor para el Estado en sede internacional⁷.

En un esquema monista, entonces, el ordenamiento interno se muestra permeable al derecho internacional. Las fuentes de derecho internacional son automáticamente y por sí mismas fuentes de derecho interno⁸. Las normas internacionales pueden ser aplicadas internamente en su calidad de tales sin necesidad de pasar por proceso de adaptación o conversión alguno. La vigencia internacional de una norma implica *ipso iure* su vigencia en el ordenamiento del Estado monista.

III. Monismo y la Constitución Nacional

Ahora bien, como ya se ha mencionado, existe un consenso entre los autores constitucionalistas e internacionalistas acerca de que la Constitución Nacional (CN) ha adoptado un sistema monista en el sentido definido con anterioridad. Esto ha sido así históricamente y nada

⁵ GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *opus cit.*, pp. 277-278.

⁶ MONCAYO, Guillermo R., VINUESA, Raúl E. y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., *opus cit.*, pp. 54-55.

⁷ BEHRENDT, Christian, “Les notions de monisme et dualisme”, en MARTENS, Paul y BOSSUYT, Marc (eds.), *Liber Amicorum Michel Melchior*, Arthemis, Limal, 2010, pp. 873-875.

⁸ BIDART CAMPOS, Germán J. *opus cit.*, 285-287.

tiene que ver con la última reforma constitucional transcurrida en 1994⁹. Bidart Campos sintetiza las posiciones encontradas de buena parte de los juristas argentinos cuando destaca que el art. 31 de la CN define a las leyes federales, los tratados y a la propia Constitución como “ley suprema de la Nación”. La mención separada de tratados y leyes (que, por cierto, se repite en el actual art. 116) indica que los tratados ingresan al ordenamiento interno como tales, sin perder su naturaleza y sin necesidad de una ley de adopción, conversión o adaptación. En este sentido, “si fuera menester dicha ley, sería redundante citar a los tratados separadamente de las leyes, puesto que la ley de recepción o incorporación los convertiría en ‘ley’, y los dejaría comprendidos y subsumidos en la mención de las ‘leyes’ del Congreso”¹⁰.

En la República Argentina, la celebración de un tratado es un “acto complejo federal” en los términos empleados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”¹¹. Esto es así porque el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) y el Poder Legislativo Nacional (PLN) cumplen roles diversos en el proceso de incorporación de normas internacionales, que requiere de más pasos que el procedimiento para la sanción y promulgación de las leyes, siempre que el tratado sea celebrado en “buena y debida forma”.

El PEN, por su lado, está encargado de realizar los primeros actos relativos a la celebración de un tratado: negociación, adopción del texto y autenticación del texto, en los términos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969 (arts. 7-10). Estos actos pueden ser llevados a cabo por el Presidente o su Canciller, aunque son normalmente realizados por funcionarios diplomáticos dependientes del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, para los cuales se les deberá extender los pertinentes plenos poderes, según el caso. Ello se encuentra previsto en el art. 99, inc. 11, de la CN, que menciona, entre las atribuciones del Presidente de la Nación: “Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el

⁹ BARBOZA, Julio, *opus cit.*, p. 64.

¹⁰ BIDART CAMPOS, Germán J., *opus cit* pp. 287-288.

¹¹ CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho”, 07/07/1992, *Fallos*: 315:1492

mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras...”¹².

Luego de que se haya consensuado un texto definitivo, recae en el Ejecutivo la facultad de remitir un proyecto de ley al PLN con el fin de que este, a través de la intervención de ambas Cámaras, de sanción a una ley formal que aprueba el tratado¹³. Ello se desprende del art. 75, inc. 22, párr. 1º, de la CN: “Corresponde al Congreso: [...] Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede”. Tal como lo ha explicado el juez Boggiano en su voto en el fallo “Frites”¹⁴, la ley aprobatoria cumple la función de habilitar al PEN a proseguir con el trámite, pero no lo obliga a tal efecto; la decisión a su cargo es discrecional.

Es necesario señalar que las leyes aprobatorias de tratados son leyes formales en el sentido de que siguen el trámite parlamentario ordinario dispuesto en los arts. 77 a 84 de la CN. En esta línea, el proyecto de ley debe obtener dictamen de comisión, lo que lo habilita a ser sometido a consideración y aprobación por el pleno de ambas Cámaras, para luego ser sancionado, instancia tras la cual se le asigna un

¹² Obviamente, este primer paso se omite si es que el PEN tiene la iniciativa de adherirse a un tratado multilateral abierto o restringido al que la República Argentina no había originalmente suscripto.

¹³ Cabe aclarar que no siempre existe una obligación constitucional de que los tratados sean sometidos a la aprobación del Congreso con anterioridad a que el PEN pueda manifestar el consentimiento en obligar al Estado. Existen ciertas excepciones. En primer lugar, se hallan los tratados “suplementarios”, entendidos como aquellos que se encuadran en un tratado “marco” que sí tuvo aprobación legislativa. Aquí se entiende que el Congreso anticipó su asentimiento a la concreción de los tratados enmarcados. También se considera que hay una habilitación previa dada por el Congreso cuando existe una ley que autoriza al PEN a celebrar determinados acuerdos internacionales. Por último, se encuentran los llamados “acuerdos ejecutivos”, en estos casos, el tratado carece de “sustancia legislativa”, por lo que su materia recae en la zona de reserva de la Administración. Estos acuerdos ejecutivos pueden llegar a superar en número a los tratados formales celebrados año a año por la República Argentina y usualmente se materializan a través de intercambios de notas diplomáticas. Cfr. CATALDI, M. Eva, *Competencia de los Poderes Legislativo y Ejecutivo en la aprobación de tratados internacionales*, inédito.

¹⁴ CSJN, “Frites, Eulogio y Alemán, América Angélica c/ Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, 04/02/1995, Fallos: 318:2513.

número de ley, y así poder ser oportunamente promulgada y publicada por el Poder Ejecutivo. No se trata de una ley material, ya que no es su propósito regir por sí misma la vida en sociedad ni crear derechos u obligaciones, sino más bien es un acto administrativo destinado a permitirle al PLN cierto control sobre el manejo de las relaciones exteriores, en pos de mantener un sano equilibrio entre los poderes que componen la República.

Por último, corresponde al PEN intervenir, nuevamente, en el ámbito de su competencia para manifestar el consentimiento en obligar a la República Argentina por ese tratado¹⁵. La manifestación de dicho consentimiento puede adoptar diversas formas según el tipo de tratado y sus disposiciones finales (canje de instrumentos de ratificación, notificación de cumplimiento de requisitos internos, depósito de instrumento de ratificación o adhesión, intercambio de notas reversales, etc.) y se encuentra regulada por los arts. 11 a 17 de la CVDT. Una vez cumplimentado este acto, es necesario que también se cumplan las condiciones y/o plazos previstos por el tratado, para que entre en vigor.

Será recién en el momento en que este entre en vigor a nivel internacional, respecto de la República Argentina, que el acuerdo ingresará simultáneamente al ordenamiento jurídico nacional, pasando a ser obligatorio y exigible en ambos subsistemas.

Es necesario, además, referirse a la costumbre internacional que, a pesar de no estar prevista expresamente en la Constitución Nacional como fuente de derecho (tan solo hay una mención al pasar al “derecho de gentes” en el art. 118), también se incorpora automáticamente al ordenamiento jurídico argentino. Ello ha sido receptado en la Ley N.º 48 de 1863, que enuncia a “los principios del derecho de gentes” entre las fuentes a ser aplicadas por los tribunales federales, y ha sido reconocido por la jurisprudencia de la CSJN en casos como “Manauta”¹⁶ y “Priebke”¹⁷.

¹⁵ Es en esta oportunidad que el PEN tiene la facultad de introducir, en tratados multilaterales, reservas u otro tipo de declaraciones en el instrumento de ratificación o adhesión (art. 19 de la CVDT).

¹⁶ CSJN, “Manauta, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa s/ daños y perjuicios”, 22/12/1994, *Fallos*: 317:1880.

¹⁷ CSJN, “Priebke, Erich s/ solicitud de extradición s/ cuaderno de prueba de la defensa”, 20/03/1995, *Fallos*: 318:373.

Es preciso señalar que la jurisprudencia de la CSJN no ha tenido, respecto de la cuestión de la incorporación del derecho internacional al derecho interno, los mismos vaivenes que sufrió en lo relativo a la jerarquía de los tratados en este último ordenamiento. Posiblemente ello se haya debido a que, como es sabido, nuestra CN (incluyendo su art. 31) fue redactada sobre el molde de la Constitución de los Estados Unidos de América, donde la doctrina es históricamente pacífica en el entendimiento de que los tratados y la costumbre internacional se incorporan automáticamente al ordenamiento doméstico¹⁸.

IV. La Ley N.º 24.080

La Ley N.º 24.080 de Publicación en el Boletín Oficial de Tratados Internacionales en los que Argentina sea Parte consta de tres cláusulas operativas y una de forma, y fue sancionada el 20 de mayo de 1992 y promulgada el 10 de junio de ese mismo año. Menos de un mes más adelante, la Corte dictaría su célebre pronunciamiento en el caso “Ekmekdjian”, y dos años después, en la reforma constitucional de 1994, cambiaría para siempre la concepción de los tratados en el derecho argentino cuando se les asignó formalmente jerarquía supralegal en la nueva redacción del art. 75, inc. 22, párr. 1º, de la CN¹⁹.

Como su título lo indica, el objeto de la Ley N.º 24.080 es disponer la publicación en el BORA del texto de los tratados que entran en vigor para la República, así como también de otros actos relevantes para la vida del mismo. De esta manera, según el art. 1º de la ley, deben publicarse las reservas o declaraciones interpretativas formuladas en el

¹⁸ BARBOZA, Julio, *opus cit.*, pp. 62-63.

¹⁹ No obstante, debe tenerse en cuenta que los tratados, en general, tienen jerarquía inferior a la Constitución Nacional, conforme surge de su art. 27: “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Por ende, sería incorrecto sostener que la Constitución reformada de 1994 ha asignado primacía al derecho internacional por sobre el derecho interno. Los tratados e instrumentos internacionales referidos en el segundo párrafo del art. 75, inc. 22, o los que sigan el procedimiento indicado en el tercer párrafo de la misma disposición tienen igual jerarquía que la Constitución Nacional.

instrumento de ratificación o adhesión en los tratados multilaterales, la fecha de manifestación del consentimiento, las condiciones o plazos para la entrada en vigor y las fechas de suspensión o denuncia. Otros actos que normalmente se publican en el BORA, pero que no están enumerados en el art. 1º de la ley, incluyen la enmienda o modificación del texto de los tratados, la corrección de errores en los términos del art. 79 de la CVDT, la terminación de estos por causales distintas de la denuncia, el comienzo y la finalización de la aplicación provisional y la formulación de objeciones a reservas y declaraciones de otros tipos, como las de protesta o las relativas a cláusulas moduladoras. En definitiva, son publicados todos los actos que de una manera u otra alteran los efectos jurídicos del tratado, toda vez que la ley especifica que la obligación de publicar rige respecto de “tratados o convenciones internacionales en los que la Nación Argentina sea parte”, no se publican en el BORA tratados suscriptos por nuestro país que no estén en condiciones de entrar en vigor (con excepción de los que se encuentran en aplicación provisional).

El art. 2º de la ley dispone un plazo de quince días hábiles para la publicación, contados a partir de cada hecho o acto indicado en el artículo precedente. La Ley N.º 22.520 de Ministerios, en su actual redacción, dispone en su art. 18, inc. 17, que compete al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto: “Entender en la publicación del texto oficial de los tratados y demás acuerdos internacionales concluidos por la Nación”. A su vez, la Decisión Administrativa 70/2020 delega la función de “Coordinar la publicación oficial de los instrumentos internacionales suscriptos por la República Argentina y el material cartográfico correspondiente” en la Dirección de Tratados, dependiente de la Dirección General de Consejería Legal de la Cancillería.

El tercer y último artículo operativo de la ley es el motivo del presente capítulo. Reza así: “Los tratados y convenciones internacionales que establezcan obligaciones para las personas físicas y jurídicas que no sea el Estado Nacional, son obligatorios solo después de su publicación en el Boletín Oficial, observándose al respecto lo prescripto por el artículo 2 del Código Civil”.

Salta a la vista la mención al artículo 2º del antiguo Código Civil, aprobado por Ley N.º 340 en el año 1869. Dicho artículo disponía: “Las

leyes no son obligatorias sino después de su publicación y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial”. Es propicio señalar que el art. 6º de la Ley N.º 26.994 de 2014, que aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, dispone que: “Toda referencia al Código Civil o al Código de Comercio contenida en la legislación vigente debe entenderse remitida al Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) que por la presente se aprueba”. En este sentido, el artículo concordante en el nuevo cuerpo legal es el 5º, a saber: “Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen”. Por ende, se mantiene el plazo de ocho días desde la publicación para que se “vuelvan obligatorios” los tratados aludidos en el art. 3º de la Ley N.º 24.080.

Si se suman los quince días hábiles con los que cuenta la Administración para publicar el texto de un tratado en el BORA desde su entrada en vigor, y los ocho días corridos mencionados en el art. 5º del CCC, podría totalizarse entre tres semanas y un mes de retraso entre la entrada en vigor del tratado para la República Argentina y su efectiva “obligatoriedad” en el derecho interno, dependiendo de la cantidad de días feriados o asuetos que transcurran en el ínterin.

Podría plantearse el interrogante de si el art. 3º de la Ley N.º 24.080 pretende posponer la “obligatoriedad” integral de los tratados que generan obligaciones para particulares, o solamente de las cláusulas específicas que prevean estas obligaciones. Sin embargo, el texto es claro cuando dice que: “Los tratados [...] son obligatorios solo después de su publicación...”, dando a entender que es el acuerdo en su totalidad cuya “obligatoriedad” está siendo pospuesta, independientemente de cuántas cláusulas creen obligaciones para particulares y cuántas establezcan otros efectos jurídicos (derechos u obligaciones para el Estado Nacional u otros Estados partes del acuerdo, o incluso derechos para los particulares). Por otro lado, no sería razonable desarticular el tratado para tornarlo obligatorio por partes.

Cabría también examinar si estas personas físicas y jurídicas distintas del Estado Nacional al que el art. 3º hace referencia son solo particulares, o si puede tratarse también de otras personas de derecho público. Una interpretación textualista incluiría a las provincias, la

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las universidades nacionales e incluso a otras entidades de diversa naturaleza que no integran la Administración Nacional, como sociedades de capital estatal o mixto.

Asimismo, también corresponde preguntarse qué significa que el tratado no sea “obligatorio” antes de su publicación. Lógicamente, esto no puede indicar otra cosa que la privación de su vigencia en el derecho interno, dado que mal podría estar vigente una norma antes de que sea “obligatoria”. Claro está que la “obligatoriedad” que la Ley N.º 24.080 referencia se trata exclusivamente de la vigencia interna del tratado, toda vez que sería absurdo suponer que una ley doméstica pueda regular los efectos jurídicos externos de un tratado internacional.

La ley no distingue entre tratados celebrados en buena y debida forma y aquellos que recibieron un trámite simplificado. La única diferencia que se da entre ambos es que, en el caso de los primeros, la publicación del texto se realiza por encargo de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación, en oportunidad de la promulgación (expresa o tácita) de la ley aprobatoria. En tales casos, la ley aprobatoria lleva como anexo el texto del tratado. Si el tratado eventualmente entrara en vigor, la Cancillería enviaría a la Dirección Nacional del Registro Oficial solo la información de entrada en vigor del acuerdo. En cambio, si el tratado estuvo exento de aprobación legislativa, se publicará el texto en la oportunidad de su entrada en vigor a pedido del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

Ahora bien, la finalidad de esta ley es ciertamente loable. La publicidad de los actos de gobierno es un pilar del sistema republicano, y la falta de publicación de los compromisos exteriores “implicaría trastornos que hacen a la esencia de ese régimen político”²⁰. Bidart Campos explica al respecto:

“Una seria falencia omisiva ha sido, hasta 1992, la no publicidad de los tratados internacionales ya ratificados. Fue práctica que se publicara en el Boletín Oficial la *ley aprobatoria* de un tratado, pero como sabemos que en esa etapa congresional falta todavía la ratificación y que, por ende, el

²⁰ LEGARRE, Santiago, *opus cit.*, p. 8.

tratado no se incorpora al derecho interno, se hacía dificultoso tener conocimiento de la fecha y del instrumento ratificatorio, así como de la fecha de entrada en vigor del tratado”.

Esa anomalía resultaba grave no sólo institucionalmente, sino que comprometía un principio elemental del sistema republicano, cual es el de la *publicidad* de los actos estatales. La cuestión se agravaba con los tratados sobre derechos humanos que, por generar derechos para los particulares, con sus obligaciones recíprocas, carecían de la mentada publicidad oficial.

En 1992, la Ley N.º 24.080 vino a subsanar la defectuosidad²¹.

Resulta incuestionable que la Administración debería estar obligada a publicar todos los tratados que concluye. Esto permite a los ciudadanos no solamente conocer sus derechos y obligaciones, sino también ejercer el debido control sobre los actos del gobierno. La ficción de que el derecho se presume conocido por todos solo puede ser mantenida si se les da adecuada difusión a las normas a través de su publicación en una gaceta accesible a toda la ciudadanía.

Sin embargo, por más que nadie pueda discutir la deseabilidad de que los tratados, especialmente aquellos que imponen obligaciones a los ciudadanos, sean publicados antes de hacerse efectivos, el condicionamiento de la vigencia interna de algunos de ellos encierra serios problemas de constitucionalidad. Estos inconvenientes serán abordados en el próximo acápite.

V. Análisis de constitucionalidad

Al comienzo de este capítulo se destacó que la Constitución Nacional adopta para nuestro país un sistema monista, donde el derecho internacional es incorporado automáticamente al ordenamiento normativo. Sin embargo, el art. 3º de la Ley N.º 24.080 parecería estar alineado en el modelo contrario, al menos hasta cierto punto.

²¹ BIDART CAMPOS, Germán, J., T. II, pp. 405-406.

Un sistema puramente monista conlleva que el comienzo y la finalización de la vigencia internacional e interna se da en simultáneo y en ambos casos está supeditada pura y exclusivamente a las condiciones y plazos estipulados en las disposiciones del propio tratado. Este es el modelo que fue elegido constitucionalmente para nuestro país. Es el esquema más respetuoso posible del derecho internacional, dado que asegura que el ordenamiento interno siempre será consistente con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

No obstante, pese a sus meritorios y plausibles fines, la Ley N.º 24.080 rompe con la previsión constitucional al disponer la posibilidad de la postergación, tan solo por unos días, de la vigencia interna de los tratados internacionales. Durante ese corto lapso temporal, una norma que, según el art. 31 de la CN, es ley suprema de la Nación, es inefectiva y produce solo efectos en el plano internacional.

Aquí corresponde hacer una aclaración: si bien la Ley N.º 24.080 dispone que la publicación no se puede retrasar más allá de los quince días hábiles desde la entrada en vigor del tratado, nada impide que la publicación se produzca antes de esa fecha. De esta manera, si el tratado contemplara un plazo de varios meses o un año para la entrada en vigor desde la manifestación del consentimiento, entonces sería posible realizar la publicación en el BORA con antelación suficiente como para que la vigencia interna del tratado no se demore un solo día respecto de la entrada en vigor internacional. Esto, de hecho, ocurre con frecuencia. Sin embargo, la publicación precoz en el BORA de una fecha de entrada en vigor conocida pero aún no acontecida está permitida por la ley, pero no resulta obligatoria. Por otra parte, ni siquiera sería posible de realizar en casos de tratados de trámite simplificado o que entren en vigor con la sola manifestación del consentimiento.

Es menester plantearse también la pregunta de qué pasaría si la Administración evitara publicar un tratado, deliberadamente o por omisión involuntaria. ¿Provocarían esta omisión que el tratado nunca se torne obligatorio en el derecho interno, hasta tanto la publicación se produzca algún día? O, en cambio, ¿se volvería el tratado obligatorio en el ámbito interno por su cuenta luego de transcurrido un tiempo prudencial? Por último, si la publicación finalmente se diese tardíamente, ¿serían los efectos jurídicos del tratado retroactivos a la fecha en que

debió ser publicado? La Ley N.º 24.080 no contesta ninguno de estos interrogantes. Para el caso de la demora irrazonable del PEN en publicar las leyes, el célebre administrativista Agustín Gordillo opina que estas no adquieren vigencia hasta tanto sean efectivamente publicadas, en pos de privilegiar la seguridad jurídica²². Sin embargo, no resulta claro que esta solución pueda ser extrapolable a los tratados internacionales²³.

En realidad, el art. 3º de la Ley N.º 24.080 nos lleva a preguntarnos si realmente nuestro país sigue un modelo monista, como acostumbramos sostener o si, por el contrario, nuestro sistema se trata de un monismo moderado o dualismo. Opinamos que sería exagerado llamarlo dualista cuando la morigeración del monismo a través de la Ley N.º 24.080 es, en efecto, un escollo menor para la vigencia interna de los tratados internacionales. El tiempo de postergación de la vigencia de los tratados, en las ocasiones en que ocurre, siempre se da en un plazo muy corto y difícilmente tenga consecuencias prácticas en la gran mayoría de los casos²⁴. Además, los tratados internacionales integran el sistema normativo argentino como una fuente propia; no existe en la Argentina ningún mecanismo de conversión de normas internacionales al plano interno, como sí se da en los modelos típicamente dualistas.

Por otra parte, cabe interrogarnos también si debiésemos de todas maneras considerar que el art. 3º de la Ley N.º 24.080 efectivamente integra el ordenamiento jurídico argentino o si, por el contrario, tal norma debiera ser privada de efecto por incompatibilidad con la Constitución.

²² GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, FDA, Buenos Aires, 2015, T. 11, pp. 50-51.

²³ De todas maneras, cualquiera sea la solución que se adopte, entendemos que cualquier particular que desee valerse de un derecho presente en un tratado internacional podría promover una acción judicial para compeler al PEN a cumplir su obligación de dar publicidad al tratado.

²⁴ Curiosamente, si bien es innegable que el desfasaje temporal aquí planteado entre la entrada en vigor del tratado y su “obligatoriedad” interna necesariamente se ha producido en múltiples ocasiones desde el comienzo de la vigencia de la Ley N.º 24.080 (quizás, incluso, en la amplia mayoría de los tratados), no hemos logrado identificar casos concretos en donde algún damnificado haya planteado un agravio al respecto, ya sea en sede judicial o ante el Poder Ejecutivo. Por esta razón, entendemos que, por el momento, esta problemática solo ha alcanzado ramificaciones teóricas.

Existen, al menos, dos razones para considerar que el art. 3º de Ley N.º 24.080 podría ser considerado inconstitucional. En primer lugar, porque, al disponer el art. 31 de la CN que los tratados son una fuente autónoma del ordenamiento jurídico argentino, nuestra norma fundamental estableció un sistema monista. Esto fue desarrollado en profundidad en el acápite anterior. Cualquier morigeración de ese modelo monista por disposición de rango legal sería, en consecuencia, contraria al esquema de incorporación automática de los tratados al ordenamiento nacional, divisado por el Poder Constituyente. En otras palabras, si nuestra Constitución tiene un diseño monista, cualquier norma infraconstitucional que socave ese mandato mediante la imposición de condicionamientos adicionales, es intrínsecamente inconstitucional.

En segundo lugar, no debe perderse de vista que la reforma constitucional de 1994 modificó el art. 75, inc. 22, de la CN a los efectos de otorgarle a los tratados internacionales jerarquía superior a las leyes, en sintonía con el pronunciamiento de la Corte en “Ekmekdjian” dos años antes. La consecuencia inmediata de esta enmienda es que cualquier tratado internacional reemplaza, por principio *lex superioris*, a toda norma de rango legal que se le oponga.

Por ende, cuando un tratado crea derechos y obligaciones y establece una fecha para su entrada en vigor, sus normas tienen jerarquía superior a las leyes. La Ley N.º 24.080, debido a su rango jerárquico en la pirámide normativa argentina, carece de autoridad suficiente para posponer la vigencia de una norma superior hasta la realización de un trámite administrativo (más un tiempo adicional de ocho días). Distinto sería el caso si esta ley fuese reglamentaria de una norma de carácter constitucional que impone la publicación de los tratados, pero sabemos que no es así. Sería ilógico suponer que una ley puede condicionar la vigencia de un tratado de la misma manera que tampoco podría admitirse que un decreto lo haga respecto de una ley o una resolución administrativa de un decreto.

La ostensible inconsistencia entre el art. 3º de la Ley N.º 24.080 y la reforma constitucional de 1994 podría llevar a la conclusión de que la entrada en vigor del nuevo texto de la Constitución Nacional condujo a la derogación implícita del art. 3º de la ley bajo análisis. De hecho, así

parecería a primera vista. Sin embargo, es interesante señalar que, curiosamente, la Ley N.º 24.080 fue reafirmada en su totalidad por la Ley N.º 26.939, que aprobó el Digesto Jurídico Argentino. En la nomenclatura del Digesto, la Ley N.º 24.080 fue categorizada como de “derecho administrativo” y recibió el rótulo de “ADM-1803”. No obstante, la falta de consolidación definitiva del Digesto²⁵ siembra dudas acerca de si el legislador tuvo efectivamente la intención de rescatar la vigencia del art. 3º de la Ley N.º 24.080. Cualquiera sea el caso, los cuestionamientos a su constitucionalidad persisten.

Por último, es importante dejar constancia de que una calificación de inconstitucional respecto del art. 3º de la Ley N.º 24.080 de ninguna manera pretende censurar la publicación de los tratados. Todo lo contrario. Es irrefutable que la publicidad de todos los actos de gobierno es una garantía inviolable del régimen republicano y que la seguridad jurídica demanda que todos los ciudadanos tengan la posibilidad de tomar conocimiento de las normas que regirán sus conductas. Es necesario que el PEN tenga la obligación de publicar los tratados que concluye, y que lo haga con la mayor celeridad posible. Sin embargo, privar de efectos al tratado hasta tanto esta formalidad sea cumplida no resulta compatible con nuestro sistema constitucional. La solución que mejor concilia los principios en juego sería, en nuestra opinión, reglamentar la publicación de los tratados de manera que se cumplimente lo antes posible, sin perjuicio de que el tratado comience a producir sus efectos propios en el ínterin.

VI. Responsabilidad internacional

La inconveniencia de condicionar la vigencia interna de los tratados internacionales no se limita a la problemática constitucional. Huelga decir que, durante el período de ineficacia doméstica del tratado, el Estado queda expuesto a responsabilidad internacional.

²⁵ FERREYRA, Leandro E., “El olvido del Digesto Jurídico Argentino” en *Palabras del Derecho*, 07/12/2018, disponible en <https://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=316>.

Es un principio por demás consagrado del derecho internacional que el derecho interno no puede ser invocado por un Estado para desconocer sus obligaciones internacionales. Desde la perspectiva del derecho internacional, este es el ordenamiento jurídico supremo, que se alza incuestionablemente por sobre los ordenamientos domésticos de los Estados. Específicamente, en materia de tratados, el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Esta regla, claro está, codifica la costumbre internacional preexistente, vinculante para toda la comunidad internacional²⁶.

Recordemos que el art. 3º de la Ley N.º 24.080 pospone la obligatoriedad de los tratados que crean obligaciones para particulares. Si bien esto no incluye a *todos* los tratados (podrían excluirse, por ejemplo, los acuerdos sobre supresión de visados, regímenes territoriales o límites) sí deja adentro a un gran universo que prevé obligaciones de distinto tipo para particulares: los de protección de inversiones, doble imposición, servicios aéreos, derecho del mar, comercio, ambiente, derecho penal internacional, derecho internacional humanitario, etc. Aunque es discutible, podrían tampoco estar exentos de la regla los tratados en materia de derechos humanos, ya que todo derecho conlleva una obligación correlativa de respeto por parte del resto de la sociedad, por más que la responsabilidad primaria de garantizar los derechos humanos esté en cabeza del Estado. Más amplia aún sería la lista si considerásemos que las entidades públicas subnacionales también quedan adentro de la categoría de sujetos “que no sea el Estado Nacional”.

Si los distintos órganos del Estado argentino se demorasen en implementar internamente los efectos jurídicos dispuestos en el tratado por considerar que este todavía no es obligatorio de acuerdo con su derecho doméstico, la República Argentina entraría en una situación de violación del tratado. Esto podría darse de muchas maneras distintas, dependiendo del tratado del que se trate. Por ejemplo, la Argentina entraría en responsabilidad internacional si continuara gravando

²⁶ VILLIGER, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Neijhoff, Leiden, 2009, pp. 374-375.

ingresos recaudados durante el intervalo entre la entrada en vigor y la efectiva obligatoriedad de acuerdo con la Ley N.º 24.080 de un convenio de doble imposición; o si pretendiese cobrar aranceles por bienes importados en ese mismo período temporal que deberían estar exentos según un tratado de libre comercio, o si realizara un allanamiento en las oficinas de una organización internacional con la que acababa de entrar en vigor un acuerdo de sede.

Por otra parte, podría argumentarse que la falta de adecuación del derecho interno al tratado es, en sí misma, una incursión en responsabilidad internacional, aún si no se produjeran instancias concretas de violación del tratado. Existe una obligación general de adaptar el derecho interno a las obligaciones internacionales. Así fue sostenido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en un pronunciamiento que data del año 1925²⁷.

La responsabilidad internacional encarna abundantes consecuencias potencialmente negativas para el Estado infractor. La primera reacción esperable ante la falta de cumplimiento oportuno de un tratado internacional en vigor es un reclamo diplomático de la/s contraparte/s, que puede traducirse en acciones de retorsión. Debe tenerse en cuenta, también, que el derecho internacional autoriza la toma de contramedidas, dentro de determinados límites, contra Estados que incumplan sus compromisos internacionales²⁸. Si el incumplimiento configurara una violación grave del tratado, la/s contraparte/s podría/n incluso suspender la aplicación del tratado respecto de nuestro país o darlo por terminado²⁹. Por último, dependiendo del tratado del que se trate, podría activarse una instancia jurisdiccional internacional contra el Estado argentino, como los tribunales arbitrales del CIADI, los grupos especiales de la OMC, los tribunales arbitrales *Ad-Hoc* del MERCOSUR, o la mismísima Corte Internacional de Justicia, suponiendo que existan bases para su jurisdicción. Por supuesto, el daño que se genere por la

²⁷ CPJI, “Intercambio de poblaciones entre Grecia y Turquía (Convención de Lausana VI, 30 de enero, 1923, Artículo 2)”, opinión consultiva del 21 de febrero de 1925.

²⁸ Al respecto, ver los arts. 49 a 54 del “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” adoptados por la CDI, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 2001, pp. 31-153.

²⁹ Esta regla surge del art. 60 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

falta de cumplimiento de las obligaciones engendrará la obligación de su reparación, que puede implicar significativas erogaciones económicas³⁰.

Afortunadamente, no hemos identificado ninguna instancia específica en que un Estado haya elevado una queja ante la República Argentina por incumplimiento de un tratado en virtud del “tiempo de espera” previsto en el art. 3º de la Ley N.º 24.080. No obstante, no debería soslayarse el brete simplemente porque, por el momento, no ha derivado en problemáticas concretas. No hace falta que un Estado insatisfecho con la falta de cumplimiento de un tratado en vigor por parte de la República Argentina acuda a ninguna de las vías descriptas precedentemente para que la situación de incumplimiento sea indeseable en sí misma. Faltar a las obligaciones internacionales genera un menoscabo a la imagen exterior del país y es un gesto poco amistoso que innecesariamente ocasiona tensiones en las relaciones amistosas normalmente mantenidas con el resto de la comunidad internacional.

La exposición del Estado a responsabilidad podría ser, en sí misma, una razón para que los tribunales federales argentinos desestimen la aplicabilidad de la condición presente en el art. 3º de la Ley N.º 24.080. Cabe recordar el rol de guardián de los compromisos exteriores de la República Argentina que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adjudicó en el fallo “Ekmekdjian”. Allí, la Corte afirmó su deber constitucional de prevenir la responsabilidad del Estado por la conducta de sus órganos internos en pos de las “exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce”. El tribunal sostuvo que “debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino”. Aquí justamente se presentaría el caso en que una norma interna del ordenamiento argentino previene el adecuado cumplimiento de sus compromisos y compromete la responsabilidad internacional del país.

³⁰ Al respecto, ver el art. 31 de los Artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional.

VII. Reflexiones finales

Juan Bautista Alberdi, proclamado padre de nuestra Constitución, escribía en sus *Bases* que los “tratados serán la más bella parte de la Constitución; la parte exterior, que es llave del progreso”. Creía que la exigibilidad externa de los tratados afianzaría ciertas instituciones virtuosas más allá de los vaivenes políticos internos. Hablaba de los tratados con potencias extranjeras como una “rama de derecho público inviolable y duradera”³¹, pues entendía que aquellos constituyen un elemento conducente al crecimiento económico, la garantía de los derechos civiles y el mantenimiento de la paz, que, en palabras de Alberdi, “nos vale el doble que la gloria”³².

La Constitución fue escrita teniendo en mente los dichos de Alberdi. Vale recordar una vez más que los tratados fueron consignados como ley suprema de la Nación junto a la propia Constitución Nacional y las leyes federales. Esta decisión del Congreso General Constituyente de 1853 no fue casual; se buscó darles exigibilidad interna a los compromisos exteriores del país, pues eran considerados un pilar fundamental del derecho constitucional argentino. La vigencia interior de los tratados es esencial para su operatividad, sobre todo para los acuerdos que más importaban a los constituyentes: los que aseguraban la libre navegación de los ríos, la libertad de comercio y la reciprocidad en el reconocimiento de los derechos civiles; todos estos tenidos en estima más alta que los arreglos políticos o las alianzas militares.

Fue por esas razones que se optó para nuestro país por un modelo monista. El monismo pone el acento en la vigencia interna de los tratados y resguarda al Estado de la responsabilidad internacional, de manera que sus compromisos puedan ser honrados efectivamente apenas se consoliden en el plano internacional. El dualismo adopta la tesitura contraria: de acuerdo con una mal entendida noción de soberanía, se separa al derecho internacional del resto de las normas que componen el

³¹ ALBERDI, Juan B., *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, El Foro, Buenos Aires, 2007, pp. 56-57.

³² *Ibíd.*, p. 65.

ordenamiento del Estado, añadiéndose obstáculos inconducentes al cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Sin duda, la publicación de los tratados es un componente esencial del sistema republicano de gobierno. De hecho, más acuciante aún es la necesidad de publicar los acuerdos internacionales que crean obligaciones para los particulares, pues atentaría contra la seguridad jurídica pretender que los habitantes acaten normas que, en lo formal al menos, desconocen. No obstante, debe obrarse con sumo cuidado cuando se está condicionando el efectivo cumplimiento de un tratado internacional. El deber de publicar toda norma de alcance general antes de que esta empiece a regir debería ceder ante la posibilidad de exponer al Estado a una responsabilidad internacional.

Cabe concluir que, hoy en día, el monismo en la República Argentina se encuentra en un estado moderado, morigerado por una ley dictada hace casi treinta años. Los tratados pueden tardar hasta un mes para volverse obligatorios en el plano interno, si el PEN hiciera uso extensivo de los plazos previstos en la ley. Podría decirse que se ha producido un tímido desplazamiento en la dirección del dualismo. Pese a lo que comúnmente se tiene por supuesto, existen tratados que no ingresan en el ordenamiento argentino en simultáneo con su entrada en vigor de acuerdo con el derecho internacional. Queda esperar, si algún día sucede, que un tribunal judicial sea llamado a decidir sobre la constitucionalidad del art. 3º de la Ley N.º 24.080. Sabremos allí, entonces, qué tan monista nuestro ordenamiento jurídico realmente es.

EL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO PARA EL ARREGLO JUDICIAL DE LAS CONTROVERSIAS Y EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA POR PARTE DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Facundo M. Gómez Pulisich¹

SUMARIO: Introducción - I. El Principio del consentimiento del Estado para el arreglo judicial de las controversias y la Competencia Consultiva de la CPJI - A. La Opinión Consultiva de la CPJI relativa al *Estatuto de la Carelia Oriental* - B. Interpretación y alcance de la Opinión Consultiva de la CPJI relativa al *Estatuto de la Carelia Oriental* - II. La ausencia de elusión (*circumvention*) del Principio del consentimiento del Estado para el arreglo judicial de las controversias en la Competencia Consultiva de la CIJ - A. La identificación de la elusión (*circumvention*) del Principio del consentimiento del Estado como una *razón decisiva* - B. Aspectos que permitirían identificar la ausencia de elusión (*circumvention*) del Principio del consentimiento del Estado - III. Observaciones sobre la última Opinión Consultiva de la CIJ relativa a las *Consecuencias jurídicas de la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965* - A. Los argumentos de los Estados interesados a favor y en contra del ejercicio del poder discrecional de la CIJ frente a una solicitud vinculada con una controversia pendiente entre dos Estados - B. La decisión de la CIJ con respecto específicamente al ejercicio de su poder discrecional frente a una solicitud vinculada con una controversia pendiente entre dos Estados - Conclusiones generales.

Introducción

El presente trabajo de investigación tiene como principal objetivo realizar una contribución al análisis del lugar que posee el Principio del

¹ Abogado (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires); MIS and PhD in International Law (*Graduate Institute of International and Development Studies*, Ginebra, Suiza). Correo electrónico: facundo.gomez@graduateinstitute.ch.

consentimiento del Estado para el arreglo judicial de las controversias en el ejercicio de la función consultiva por parte de la Corte Internacional de Justicia (en adelante “CIJ” o “Corte”). La cuestión ha sido y continúa manifestándose como un tema de interés al momento de examinar la naturaleza jurídica o el alcance de la función consultiva de la Corte². En este sentido, difícil sería no recordar las posiciones presentadas por Mr. Cohen y Mr. Fitzmaurice, representantes respectivamente de los Estados Unidos de América y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ante la CIJ, con motivo de la opinión consultiva relativa a la *Interpretación de los Tratados de Paz concluidos con Bulgaria, Hungría y*

² ABI-SAAB, George, “On Discretion. Reflections on the nature of the consultative function of the International Court of Justice”, in Laurence Boisson de Chazournes and Philippe Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (1999), pp. 36-50; ALJAGHOUB, MAHASEN M., *The Advisory Function of the International Court of Justice 1946-2005* (1st ed., 2006), pp. 1-285; DE VISSCHER, Charles, «Les avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale», *R.C.A.D.I.* 26 (1929), pp. 1-76; ERICH, Rafael, «Quelques observations sur le caractère juridique des avis consultatifs et les conditions requises pour une demande d’avis», *IX Revue de droit international et de législation comparée* (1928), pp. 864-881; ESPÓSITO, Carlos D., *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia* (1st ed., 1996), pp. 1-300; GROSS, L., “The International Court of Justice and the United Nations”, *R.C.A.D.I.* 120 (1967), pp. 313-440; HAMBRO, E., “The Jurisdiction of the International Court of Justice”, *R.C.A.D.I.* 76 (1950), pp. 121-215; HUDSON, Manley O., «Les avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale», *R.C.A.D.I.* 8 (1925), pp. 341-412; KOLB, Robert, *The International Court of Justice* (1st ed., 2013), pp. 1-1281; NEGULESCO, Démètre, «L’évolution de la procédure des avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale», *R.C.A.D.I.* 57 (1936), pp. 1-96; TENEKIDES (C.G.), «La compétence de la Cour permanente de justice internationale en matière de procédure consultative», *XXXIII Revue générale de droit international public* (1926), pp. 120-129; *Institut de Droit International*: DE LAPRADELLE, A., NEGULESCO, D. (Rapporteurs), «Rapport sur la nature juridique des Avis Consultatifs de la Cour Permanente de Justice Internationale, leur valeur et leur portée positive en droit international», *Annuaire de l’Institut de Droit International*, Session de Stockholm, août 1928, volume I, pp. 409-457; DE LAPRADELLE, A., NEGULESCO, D. (Rapporteurs), «Nouveau projet de résolution concernant la nature juridique des avis consultatifs de la Cour Permanente de Justice Internationale» (séance de l’Institut, le 17 octobre 1929), *Annuaire de l’Institut de Droit International*, Session de New-York, octobre 1929, volume I, pp. 459-462; NEGULESCO, Démètre (Rapporteur), «La nature juridique des avis consultatifs de la Cour Permanente de Justice Internationale, leur valeur et leur portée positive en droit international» (rapport supplémentaire), *Annuaire de l’Institut de Droit International*, Session de Bruxelles, avril 1936, volume I, pp. 215-231; NEGULESCO, Démètre (Rapporteur), «La nature juridique des avis consultatifs de la Cour Permanente de Justice Internationale, leur valeur et leur portée positive en droit international» (deuxième rapport supplémentaire), *Annuaire de l’Institut de Droit International*, Session de Bruxelles, avril 1936, volume I, pp. 468-497.

Rumania; argumentos mediante los cuales se terminaría por justificar con suma claridad, entre otras cuestiones, la inaplicabilidad de los criterios resaltados por la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante “CPJI”) en el caso relativo al *Estatuto de la Carelia Oriental*³. Tampoco sería dificultoso evocar el análisis presentado por la CIJ en su opinión consultiva sobre el *Sahara Occidental*, decisión que, según lo afirmado por la expresidenta de la CIJ, Rosalyn Higgins, en su opinión separada con motivo de la opinión consultiva relativa a las *Consecuencias Jurídicas de la construcción de un Muro sobre el territorio Palestino Ocupado*, “[...] provides by far the most pertinent guidance, as it involved a dispute between international actors [...]”⁴. La última opinión consultiva adoptada por la CIJ el 25 de febrero de 2019, vinculada con las *Consecuencias Jurídicas de la Separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, se presentaría una vez más como un escenario propicio para que la cuestión sea nuevamente analizada.

A pesar de la posición mantenida por la CIJ, tendiente a considerar la falta del consentimiento del Estado interesado como una *razón decisiva* (*compelling reason / des raison décisive*) que le permitiría ejercer sus facultades discrecionales en todas aquellas ocasiones donde las circunstancias del caso impliquen la elusión (*circumvention*) del principio del consentimiento del Estado para el arreglo judicial de las controversias⁵, algunos autores continuarían negándose a considerar el consentimiento como una precondition para que la Corte pueda ofrecer su opinión sobre una cuestión jurídica vinculada con una disputa

³ Statement by Mr. Benjamin V. Cohen (Representative of the United State of America) at the public sitting of March 1st, 1950 (Public Sitings, held at the Peace Palace, The Hague, on February 28th, March 1st, 2nd and 30th, June 27th and 28th, and July 18th, 1950, the President, M. Basdevant, presiding oral statements), pp. 272-276; Statement by Mr. Fitzmaurice (Representative of the United Kingdom) at the public sitting of March 2nd, 1950 (*ibid.*), pp. 302-312.

⁴ Separate Opinion of Judge Higgins (Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004), p. 209, para. 8.

⁵ Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, pp. 24-25, pars. 32-33; Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 158, para. 47; Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, p. 117, para. 85.

existente⁶. Conforti, por su parte, será quien adopte finalmente una posición particular en este sentido, al considerar que la idea vinculada con las facultades discrecionales de la CIJ pueda llegar a ser desconcertante o confusa⁷.

A los fines de llevar a cabo el análisis mencionado, la presente contribución será dividida en tres partes. En una primera parte, nos detendremos a examinar de manera muy sucinta algunas cuestiones relacionadas con el origen de la competencia consultiva de la CPJI, para luego concentrar nuestra atención en el estudio de la opinión consultiva generalmente mencionada para justificar aquellas posiciones a favor del rechazo de toda solicitud de opinión consultiva asociada con una disputa existente entre Estados: el caso sobre el *Estatuto de la Carelia Oriental (I)*. Una segunda parte será destinada exclusivamente al análisis de la jurisprudencia de la CIJ. Para ello, resaltaremos en un primer momento las principales diferencias entre la Corte actual y su predecesora con respecto a sus vinculaciones con la Organización de las Naciones Unidas

⁶ De acuerdo con Sir Lauterpacht: "There seems to be no decisive reason why the sovereignty of States should be protected from a procedure, to which they have consented in advance as Members of the United Nations, of ascertaining the law through a pronouncement which, notwithstanding its authority, is not binding upon them" (LAUTERPACHT, Hersch, *The development of International Law by the International Court*, London: Stevens and Sons Ltd, 1958, pp. 357-358).

⁷ "In our view, the idea of discretionary power, even if it is moderated by the safeguards found in the Court's jurisprudence, is puzzling. The textual argument on which it is based (the "may" in Article 65 of the Statute) is very weak and should yield to the spirit of the provision on the advisory function which testifies to the obligatory co-operation of the Court with the UN organs in the solution of legal questions. It is clear that the most delicate point of the whole matter is that of the connection between the advisory function and contentious or binding jurisdiction. However, it is exactly on this point that the Court should, rather than quibbling as it has done up to now, once and for all, say that the existence of a dispute does not limit in any way its competence to render an opinion. Why should the Court be authorized to sacrifice, at its discretion, the advisory function to the contentious function and therefore sacrifice co-operation between the organs to respect for the desire of an individual State to avoid the opinion (even the non-binding opinion!) of the judicial organ? Such a sacrifice could have been justified at the time of the League of Nations and the advisory function of the old Permanent Court, but it seems anachronistic to day. In fact, the case-law of the Court is moving exactly in this direction, particularly if the above mentioned reasoning in the Construction of a Wall case is taken into account" (CONFORTI, Benedetto, *The Law and Practice of the United Nations*, Third Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston, 2005, pp. 281-282).

(en adelante “ONU”) y la Sociedad de las Naciones respectivamente, para posteriormente adentrarnos en los argumentos empleados por la CIJ a los fines de poder determinar en qué circunstancias, o bajo qué condiciones, la falta de consentimiento de un Estado interesado no debería considerarse como una razón decisiva suficiente para rechazar una solicitud de opinión consultiva (II). Finalmente, en una tercera y última parte, concentraremos nuestra atención sobre la más reciente opinión consultiva de la CIJ vinculada con la *Separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*; ocasión donde, por las circunstancias excepcionales del caso, se presentó un debate por demás enriquecedor sobre la cuestión bajo examen (III). Todo ello se realizará sobre la base, principalmente, del estudio de la jurisprudencia tanto de la CPJI como de la CIJ, y de los argumentos empleados por los Estados a los fines de justificar sus posiciones frente a dichos tribunales. Subsidiariamente, tendremos en cuenta las opiniones de determinados autores.

I. El Principio del consentimiento del Estado para el arreglo judicial de las controversias y la Competencia Consultiva de la CPJI

La función consultiva de la CPJI fue reconocida en un contexto normativo particularmente distinto a aquel existente al momento de la elaboración de la Carta de las Naciones Unidas. Según el texto del artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, la Corte “[...] *may also give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly*”⁸. La mención específica a la posibilidad de solicitar una opinión consultiva relativa a una controversia existente entre Estados y el alcance de las disposiciones que rodeaban al artículo 14 (artículos 12 a 17 del Pacto), cuyo principal objetivo era ofrecer un procedimiento de solución a toda disputa “[...] *likely to lead to a rupture*”⁹, nos lleva necesariamente a entender la función consultiva de la CPJI como una alternativa más a disposición tanto de la Asamblea como del Consejo de la Sociedad de las Naciones, a

⁸ Article 14 of the Covenant of the League of Nations (*League of Nations – Official Journal*, February 1920, p. 6) (underline added).

⁹ Article 12 of the Covenant of the League of Nations (*idid.*).

los fines de evitar una ruptura que pusiera en peligro la paz obtenida con posterioridad a la Primera Guerra Mundial¹⁰.

A su vez, a la escueta información brindada por el artículo 14, se le sumaban ciertas opiniones adversas a la atribución de la competencia consultiva a un órgano cuya función era exclusivamente *judicial*, es decir, cuyo principal objetivo consistía en resolver todas aquellas controversias que le fueran sometidas sobre la base del derecho vigente y mediante la adopción de una sentencia obligatoria para las partes involucradas. En efecto, durante la sesión preliminar de la CPJI en vistas a elaborar su Reglamento, iniciada en enero de 1922, el magistrado Moore presentaría un memorándum titulado *The question of advisory opinions* donde, junto a la propuesta de diez puntos a tener en cuenta para el examen de la competencia consultiva¹¹, manifestaría la siguiente opinión: “[a] Court of Justice, whether national or international, is essentially a judicial body, whose function it is to end disputes by deciding them. The maintenance of the character, reputation and usefulness of such a Court is inextricably bound up with the obligatory force and the effective performance of its decisions or judgments. The advisory function, as between private parties, is appropriately exercised by private counsel, and, in the case of Governments, by tribunals or law offices duly established for the purpose”¹². En el tercer punto de su memorándum, Moore terminaría por afirmar “[t]hat the giving of advisory opinions, in the sense of opinions having no obligatory character, either on actual disputes or on theoretical questions, is not an appropriate function of a Court of Justice”¹³.

¹⁰ De acuerdo con el Profesor Kolb “[w]hen the Permanent Court was established as one of the organs provided for in the Covenant of the League of Nations, the draftsmen thought it essential that the Court should be able to do as much as possible to contribute to the resolution of international disputes, such resolution being in essence the centrepiece of the whole Covenant. The hope was that the peace could be kept and maintained if it were possible to channel disputes, as and when they arose, into a settlement procedure” (KOLB, Robert, *The International Court of Justice* (1st ed., 2003), pp. 1026-1027).

¹¹ *Publications of the Permanent Court of International Justice, Series D, Acts and Documents concerning the organization of the Court, N° 2, Preparation of the Rules of the Court, Minutes of Meetings held during the Preliminary Session of the Court, with Annexes (January 30th to March 24th 1922)*, p. 397-398.

¹² *Ibid.*, p. 383.

¹³ *Ibid.*, p. 397.

La incertidumbre existente en cuanto a la naturaleza y alcance de la competencia consultiva de la CPIJ trajo aparejado que en su primer Estatuto, adoptado en 1920, no hubiera disposición alguna que hiciera mención a esta nueva función¹⁴, y que su Reglamento del 24 de marzo de 1922 contuviera únicamente una serie de cuatro artículos (artículos 71 a 74) tendientes a regular un número reducido de aspectos exclusivamente procedimentales: cómo se llevarían a cabo las sesiones de la Corte (artículo 71); bajo qué procedimiento se debería solicitar una opinión consultiva (artículo 72); las notificaciones a realizar por parte del Secretario de la Corte (artículo 73); y la publicación de las opiniones consultivas (artículo 74)¹⁵.

A lo mencionado hasta aquí se le adicionaban las dudas existentes con respecto al carácter *compulsivo* o *facultativo* de la función consultiva. Los dos textos auténticos en francés e inglés del Pacto de la Sociedad de las Naciones ofrecían interpretaciones divergentes. Mientras que la versión en francés del artículo 14 sugería que la CPJI *debía* expedirse («*Elle donnera aussi des avis consultatifs [...]*») toda vez que fuera competente para responder una solicitud de opinión consultiva, la versión en inglés mostraba, por el contrario, su carácter discrecional (“*The Court may also give an advisory opinion [...]*”). Estas diferencias en el texto repercutirían en las opiniones de algunos juristas. En efecto, mientras que Moore y Hudson reconocerían el poder discrecional de la

¹⁴ The Sub-Commission established by the Third Commission of the Assembly of the League of Nations, in charge of reviewing the draft Statute proposed by the Committee of Jurists created by the Council in February 1920, decided to delete the only provision related to the advisory function of the PCIJ: Article 36 of the project. According to this provision: «[l]a Cour donne son avis sur tout point ou différend d'ordre international qui lui est soumis par le Conseil ou l'Assemblée. Lorsque la Cour donne son avis sur un point d'ordre international, indépendamment de tout différend actuellement né, elle constitue une Commission spéciale de trois à cinq membres. Lorsqu'elle donne son opinion sur une question qui fait l'objet d'un différend actuellement né, elle statue dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'un litige porté devant elle» (NEGULESCO, Démètre, «L'évolution de la procédure des avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale», *R.C.A.D.I.* 57 (1936), pp. 12).

¹⁵ *Permanent Court of International Justice, Rules of the Court, adopted by the Court March 24th 1922*, pp. 32-33.

Corte¹⁶, De Visscher, De Lapradelle y Negulesco adoptarían una posición contraria¹⁷.

Bajo estas circunstancias, la CPJI se vio frente a la necesidad de expedirse en el caso relativo al *Estatuto de la Carelia Oriental*; una disputa entre Finlandia y Rusia con respecto a la interpretación de ciertas disposiciones convencionales y declaraciones unilaterales vinculadas con el régimen jurídico aplicable a la *Carelia Oriental*, que llegaría finalmente a la Corte mediante una solicitud de opinión consultiva por parte del Consejo de la Sociedad de las Naciones y donde el tribunal se detendría a examinar ciertas cuestiones vinculadas con la falta de participación del Gobierno ruso. Teniendo en cuenta la importancia del presente caso en el tema bajo análisis, se desarrollarán en primer lugar los hechos y lo finalmente decidido por la CPJI (A), para luego examinar

¹⁶ "That, in consideration of the two official texts, Article 14 of the Covenant, where alone the subject is mentioned, cannot be regarded as imposing on the Court an obligation to render such opinions unconditionally and on request" (Mr. MOORE, "The question of advisory opinions" (*Publications of the Permanent Court of International Justice, Series D, Acts and Documents concerning the organization of the Court, N° 2, op. cit.*), p. 397); «La Cour reste libre de dire si elle doit satisfaire à une requête particulière, si la question est telle que là Cour puisse se prononcer à son sujet eu toute sécurité, et si la situation au sujet de laquelle la question s'est posée justifie l'exercice de cette fonction» (HUDSON, Manley O., «Les avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale», *R.C.A.D.I.* 8 (1925), p. 364).

¹⁷ «Il y a faculté pour les organes de la Société des Nations (Conseil ou Assemblée) de consulter ou de ne pas consulter la Cour; il y a devoir pour cette dernière de répondre à la demande de consultation qui lui est adressée, à moins qu'il y ait impossibilité pour elle de le faire» (DE VISSCHER, Charles, «Les avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale», *R.C.A.D.I.* 26 (1929), p. 29); «Malgré l'autorité des partisans de cette opinion, il nous semble que la Cour est obligée de rendre un avis consultatif à la demande formulée par le Conseil ou l'Assemblée. [...] Les travaux préparatoires indiquent clairement que dans la pensée des auteurs du projet du Statut de la Cour, la fonction consultative était obligatoire. C'est ainsi que l'article 36 du projet du Comité des Juristes commence par les mots «La Cour donne un avis» qui, au lieu d'être traduits par «may give» comme dans le texte anglais de l'article 14 du Pacte, sont traduits par «The Court shall give an advisory opinion». L'expression «shall give» implique l'obligation et non pas la faculté de donner un avis consultatif» (DE LAPRADELLE, A., NEGULESCO, D. (Rapporteurs), «Rapport sur la nature juridique des Avis Consultatifs de la Cour Permanente de Justice Internationale, leur valeur et leur portée positive en droit international», *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Stockholm, août 1928, volume I, pp. 437-438).

las diferentes posiciones adoptadas frente a lo estipulado por la opinión consultiva del 23 de julio de 1923 (B).

A. La Opinión Consultiva de la CPJI relativa al *Estatuto de la Carelia Oriental*

Gracias al tratado concluido en Dorpat el 14 de octubre de 1920, mediante el cual se había puesto fin al estado de guerra existente entre Finlandia y la Rusia soviética¹⁸, y una declaración concomitante presentada por la delegación rusa, se reconocía, entre otras cuestiones, una amplia autonomía a la población de la *Carelia Oriental*¹⁹, territorio

¹⁸ De acuerdo con el Preámbulo del Tratado de Paz de Dorpat: “Whereas Finland declared its independence in 1917, and Russia has recognized the independence and the sovereignty of Finland within the frontiers of the Grand Duchy of Finland, [t]he Government of the Republic of Finland, and the Government of the Federal Socialist Republic of Soviet Russia, [a]ctuated by a desire to put an end to the war which has since arisen between their States, to establish mutual and lasting peace relations, and to confirm the situation which springs from the ancient political union of Finland and Russia, [h]ave resolved to conclude a Treaty with this object in view [...]” (*Advisory Opinion N° 5 “Eastern Carelia” (Series C: Acts and documents relating to Judgments and Advisory Opinions given by the Court/Pleadings, Oral Arguments and Documents, PCIJ)*, p. 4)

¹⁹ Texto de los artículos 10 y 11 del Tratado de Paz de Dorpat: “Finland shall, within a time limit of forty-five days, dating from the entry into force of the present Treaty, withdraw her troops from the Communes of Repola and Porajärvi. These Communes shall be reincorporated in the State of Russia and shall be attached to the autonomous territory of Eastern Carelia, which is to include the Carelian population of the Governments of Archangel and Olonetz, and which shall enjoy the national right of self-determination” (Article 10); “The Contracting Powers have adopted the following provisions for the benefit of the local population of the Communes of Repola and Porajärvi, with a view to a more detailed regulation of the conditions under which the union of these Communes with the Autonomous Territory of Eastern Carelia referred to in the preceding article is to take place: 1. The inhabitants of the Communes shall be accorded a complete amnesty, as provided in Article 35 of the present Treaty; 2. The local maintenance of order in the territory of the Communes shall be undertaken by a militia organised by the local population for a period of two years, dating from the entry into force of the present Treaty; 3. The inhabitants of these Communes shall be assured of the enjoyment of all their movable property situated in the territory of the Communes, also of the right to dispose and make unrestricted use of the fields which belong to or are cultivated by them and of all other immovable property in their possession, within the limits of the legislation in force in the Autonomous Territory of Eastern Carelia; 4. All the inhabitants of these Communes shall be free, if they so desire, to leave Russia within a period of one month from the date upon which this Treaty comes into force. Those persons who leave

bajo la soberanía del Estado ruso y cuyos habitantes poseían, en su gran mayoría, la nacionalidad finlandesa²⁰. Al constatar el incumplimiento de las cláusulas a favor de la población careliana, Finlandia iniciaría las conversaciones correspondientes con el gobierno ruso sin poder obtener

Russia under these conditions shall be entitled to take with them all their personal possessions and shall retain, within the limits of the existing laws in the independent territory of Eastern Carelia, all their rights to any immovable property which they may leave in the territory of these Communes; 5. Citizens of Finland and Finnish commercial and industrial associations shall be permitted, for the duration of one year from the date upon which this Treaty comes into force, to complete in these Communes the felling of forests to which they are entitled by contracts signed prior to June 1st 1920, and to take away the wood felled" (Article 11) (*The Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion*, 23 July 1923, P.C.I.J. Series B, No. 5, pp. 16-18); Declaration of the Russian Delegation with regard to the autonomy of Eastern Carelia: "At the general meeting of Peace delegates on October 14th, the following declaration was inserted in the proces-verbal on behalf of the Russian Delegation: The Socialist Federative Republic of the Russian Soviets guarantees the following rights to the Carelian population of the Governments of Archangel and Olonetz (Aunus): (1) The Carelian population of the Governments of Archangel and Olonetz (Aunus) shall enjoy the right of self-determination; (2) That part of Eastern Carelia which is inhabited by the said population shall constitute, so far as its internal affairs are concerned, an autonomous territory united to Russia on a federal basis; (3) The affairs of this district shall be dealt with by national representatives elected by the local population, and having the right to levy taxes for the needs of the territory, to issue edicts and regulations with regard to local needs, and to regulate internal administration; (4) The local native language shall be used in matters of administration, legislation and public education; (5) The autonomous territory of Eastern Carelia shall have the right to regulate its economic life in accordance with its local needs, and in accordance with the general economic organization of the Republic; (6) In connection with the reorganization of the military defensive forces of the Russian Republic, there shall be organized in the autonomous territory of Eastern Carelia a militia system, having as its object the suppression of the permanent army and the creation in its place of a national militia for local defence" (*ibid.* pp. 21-22).

²⁰ De acuerdo con el párrafo 5 del artículo 11 del Tratado de Paz de Dorpat: "Citizens of Finland and Finnish commercial and industrial associations shall be permitted, for the duration of one year from the date upon which this Treaty comes into force, to complete in these Communes the felling of forests to which they are entitled by contracts signed prior to June 1st 1920, and to take away the wood felled." (*ibid.*, p. 18); "Instead of carrying out its obligations towards the Finnish population of Eastern Carelia, the Soviet Government has, even during the last few months, imposed exceedingly heavy dues and compulsory levies upon it, although it is well known that this population is poverty stricken and that it inhabits an inhospitable country" (The Finish Minister for Foreign Affairs to the Secretary-General of the League of Nations, Helsingfors, November 26th, 1921 (*Advisory Opinion N° 5 "Eastern Carelia" (Series C: Acts and documents relating to Judgments and Advisory Opinions given by the Court/Pleadings, Oral Arguments and Documents, PCIJ)* (Italics added), pp. 28-29)

una respuesta favorable. Según lo sostenido por Finlandia, tanto el Tratado de Dorpat como la declaración de la delegación rusa constituían un acuerdo indisociable que el gobierno ruso se había comprometido a cumplir²¹. Sin embargo, las obligaciones asociadas a la autonomía garantizada a la *Carelia Oriental* no habían sido respetadas²². La delegación rusa, por su parte, consideraba que la cuestión vinculada con la autonomía de la *Carelia Oriental* poseía un carácter exclusivamente interno y que la declaración anexa había sido efectuada a título informativo²³. En efecto, “the autonomy mentioned under Articles 10 and 11 of the Treaty of Dorpat and in the Declaration refers only to the existing Workers’ Commune of Carelia, established by Decree of June 7th, 1920, prior to the conclusion of the Treaty”²⁴.

Frente a dicha situación, el Gobierno finlandés decidiría presentar el caso ante el Consejo de la Sociedad de las Naciones. Según lo estipulado por el artículo 12 del Pacto de la Sociedad de las Naciones de 1919, los miembros de la Sociedad que se vieran involucrados en una controversia “susceptible de provocar una ruptura”, se comprometían a intentar encontrar una solución mediante su sometimiento a un procedimiento arbitral, a un arreglo judicial, o al examen del Consejo²⁵. En el supuesto caso de que alguno de los Estados partes en la disputa no fuera miembro de la Sociedad de las Naciones, el Estado no miembro sería invitado, según lo establecido por el artículo 17 del Pacto, “a someterse a las obligaciones que se imponen a sus miembros a los fines del arreglo de la divergencia, en las condiciones estimadas justas por el

²¹ *The Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion, 23 July 1923, P.C.I.J. Series B, No. 5*, p. 25.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ “The Members of the League agree that, if there should arise between them any dispute likely to lead to a rupture they will submit the matter either to arbitration or judicial settlement or to enquiry by the Council, and they agree in no case to resort to war until three months after the award by the arbitrators or the judicial decision, or the report by the Council. In any case under this Article the award of the arbitrators or the judicial decision shall be made within a reasonable time, and the report of the Council shall be made within six months after the submission of the dispute”. (Article 12 of the Covenant of the League of Nations (1919)).

Consejo”²⁶. Si esta invitación era finalmente aceptada, los artículos 12 a 16 del Pacto eran aplicables “bajo las modificaciones juzgadas necesarias por el Consejo”²⁷.

Luego de haber intentado infructuosamente obtener el consentimiento de Rusia en someterse al régimen de solución de controversias estipulado por el Pacto (Estado que hasta ese momento no era miembro de la Sociedad de las Naciones), el Consejo resolvió, mediante una resolución del 21 de abril de 1923 y sobre la base del artículo 14 del Pacto, solicitar a la CPJI una opinión consultiva en los siguientes términos: “Do Articles 10 and 11 of the Treaty of Peace between Finland and Russia, signed at Dorpat on October 14th, 1920, and the annexed Declaration of the Russian Delegation regarding the autonomy of Eastern Carelia, constitute engagements of an international character which place Russia under an obligation to Finland as to the carrying out of the provisions contained therein?”²⁸. Frente a dicha iniciativa, el Gobierno soviético, por medio de un telegrama dirigido directamente a la CPJI el 11 de junio de 1923, manifestaría, entre otras cuestiones, su rechazo a que Rusia sea asociada a un procedimiento desprovisto de valor legal²⁹.

Ante dicho escenario, la CPJI se vio frente a la imposibilidad de emitir una opinión consultiva. El dar una respuesta al interrogante formulado por el Consejo implicaba para la Corte ofrecer una solución a uno de los aspectos fundamentales de la controversia existente en ese momento entre Finlandia y Rusia, sin que una de las partes en la disputa (Rusia) haya manifestado su consentimiento previamente. En efecto,

²⁶ “In the event of a dispute between a Member of the League and a State which is not a Member of the League, or between States not Members of the League, the State or States not Members of the League shall be invited to accept the obligations of membership in the League for the purposes of such dispute, upon such conditions as the Council may deem just. If such invitation is accepted, the provisions of Articles 12 to 16 inclusive shall be applied with such modifications as may be deemed necessary by the Council [...]” (Article 17 of the Covenant of the League of Nations (1919)).

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *The Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion, 23 July 1923, P.C.I.J. Series B, No. 5*, pp. 16-18, pp. 7-8.

²⁹ “The Russian Government finds it impossible to take any part in the proceedings, without legal value either in substance or in form, which the Permanent Court intends to institute as regards the Carelian question” (*Ibid.*, p. 12).

como tuvimos oportunidad de mencionarlo con anterioridad, Rusia no era miembro de la Sociedad de las Naciones ni había consentido el ofrecimiento formulado por el Consejo consistente, según lo dispuesto por el artículo 17 del Pacto, en someterse al régimen de solución de controversias estipulado por los artículos 12 a 16 del Pacto (con las modificaciones que pudieran ser incorporadas por el Consejo). Frente a esta situación, el ofrecer una respuesta a la pregunta formulada por el Consejo implicaba infringir uno de los principios fundamentales del derecho internacional: “the principle of independence of States”³⁰. Efectivamente, según lo afirmado por la Corte: “[i]t is well established in international law that no State can, without its consent, be compelled to submit its disputes with other States either to mediation or to arbitration, or to any other kind of pacific settlement”³¹. Esta condición solo se habría podido cumplir si Rusia hubiese pasado a ser miembro de la Sociedad de las Naciones (aceptando de esta lo dispuesto por el Pacto), o si hubiese presentado su consentimiento según lo formulado por el artículo 17 del Pacto³². Al no darse ninguna de estas dos circunstancias, la respuesta a la consulta formulada por el Consejo implicaba una clara violación al principio mencionado.

Según la CPJI, a este primer inconveniente se le sumaban, a su vez, otras dos razones sensibles o perentorias (“*cogent reasons / raisons péremptoires*”). En primer lugar, la determinación del alcance de la declaración del Gobierno ruso implicaba necesariamente para la Corte contar con la posibilidad de acceder a determinada información, que solo habría podido ser posible si ambos Estados interesados (Finlandia y Rusia) hubiesen participado en el procedimiento consultivo ante la Corte³³. En segundo lugar, la CPJI terminaría por afirmar que, si bien

³⁰ *Ibid.*, p. 27.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ “The question whether Finland and Russia contracted on the terms of the Declaration as to the nature of the autonomy of Eastern Carelia is really one of fact. To answer it would involve the duty of ascertaining what evidence might throw light upon the contentions which have been put forward on this subject by Finland and Russia respectively, and of securing the attendance of such witnesses as might be necessary. The Court would, of course, be at a very great disadvantage in such an enquiry, owing to the fact that Russia refuses to take part in it. It appears now to be very doubtful whether there would be available to the Court materials sufficient to enable it to arrive at any judicial conclusion upon the question of fact: What did the parties agree to? The Court

había sido invitada a emitir una opinión consultiva y no a resolver una disputa, la pregunta formulada se refería a un punto esencial para la solución de la controversia existente entre Finlandia y Rusia. De esta manera, “Answering the question would be substantially equivalent to deciding the dispute between the parties. *The Court, being a Court of Justice, cannot, even in giving advisory opinions, depart from the essential rules guiding their activity as a Court*”³⁴.

B. Interpretación y alcance de la Opinión Consultiva de la CPJI relativa al *Estatuto de la Carelia Oriental*

Según una parte de la doctrina, el principal motivo que habría socavado la posibilidad de que la CPJI ofreciera una respuesta a la consulta formulada por el Consejo de la Sociedad de las Naciones habría sido *la falta del consentimiento de Rusia a que la Corte se expidiera por la vía consultativa* sobre una cuestión directamente vinculada con una disputa pendiente con Finlandia³⁵. En este sentido, para que la CPJI

does not say that there is an absolute rule that the request for an advisory opinion may not involve some enquiry as to facts, but, under ordinary circumstances, it is certainly expedient that the facts upon which the opinion of the Court is desired should not be in controversy, and it should not be left to the Court itself to ascertain what they are.” (*ibid.*, p. 28).

³⁴ *Ibid.*, p. 29.

³⁵ «L’avis rendu par la Cour le 23 juillet 1923 est d’une très grande importance, car il proclame pour la première fois le principe du caractère judiciaire de la Cour même lorsqu’elle donne un avis consultatif, ses fonctions consultatives s’exerçant dans les mêmes conditions que les fonctions contentieuses, à savoir sous la condition et la réserve du consentement préalable des Parties. La Cour y pose le principe que tout Etat non-Membre de Société des Nations peut, par son refus de comparaître, empêcher la Cour de donner un avis consultatif. Elle estime qu’en accédant à la requête, elle connaîtrait du litige entre les Parties, bien que la Russie se refusât à se soumettre à sa juridiction, et qu’elle ne peut qu’appliquer le principe, qui est à la base de son Statut, à savoir: qu’elle ne peut connaître que des différends qui lui sont soumis avec l’assentiment des Parties.» (NEGULESCO, Démètre, «L’évolution de la procédure des avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale», *R.C.A.D.I.* 57 (1936), p. 19); «Le besoin de satisfaire à cette sorte de postulat –la nécessité du consentement des parties– était tellement pressant que la Cour a cherché une occasion pour l’affirmer. Et elle en a trouvé lors de l’avis sur la *Carélie orientale*, le 23 juillet 1923, voulant, selon toute probabilité, éviter une fois pour toutes que se reproduisent des demandes de ce genre par lesquelles le Conseil pourrait lui transférer indirectement la solution de litiges déjà nés» (*Separate Opinion by Judge Azevedo (Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950)*, p. 81); «L’article 14 du Pacte attribuait à la Cour le pouvoir de donner des

hubiera podido hacer uso de su función consultiva a los fines de brindar una solución a una cuestión vinculada con una controversia pendiente entre Estados, debería haber contado con el consentimiento claramente manifestado por parte de los dos Estados interesados. Caso contrario, se estaría en presencia de una clara violación del principio del consentimiento del Estado para el arreglo judicial de las controversias a través del ejercicio de la vía consultiva de la CPJI.

Sin embargo, un examen con mayor detenimiento de lo afirmado por la Corte nos lleva necesariamente a una conclusión diferente. En efecto, en primer lugar, previo a la presentación de los argumentos tendientes a justificar su decisión, la CPJI consideró innecesario llevar a cabo un análisis de la cuestión vinculada con una solicitud de opinión consultiva asociada a ciertos hechos en litigio entre dos Estados, sin que estos hayan expresado previamente su consentimiento³⁶. En segundo lugar, e inmediatamente después de haber realizado esta primera aclaración, la Corte destacaría el principio según el cual ningún Estado podría ser sometido a un método de solución de controversias sin su consentimiento previo, *luego* de haber resaltado el procedimiento

avis sur tout différend ou tout point dont la saisiraient le Conseil ou l'Assemblée. En donnant un avis sur une question juridique relative à un différend né entre Etats, la Cour se prononcerait, en fait, sinon en droit, sur le différend même pour lequel les parties n'avaient pourtant pas admis sa juridiction. Aussi, dès le début de son activité, la Cour permanente a-t-elle décidé de parer à ce [...] danger en entourant l'exercice de sa fonction consultative des formes et garanties judiciaires. Le cas célèbre de la Carélie orientale (Avis no j, 1923) lui a permis de formuler à cet égard des considérations qui l'ont amenée à refuser de donner l'avis que le Conseil lui avait demandé» (*Dissenting Opinion by Judge Winiarski (Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950)*, p. 89); «Le précédent de la Carélie orientale fournit donc, d'après moi, la preuve convaincante que le consentement des Etats est nécessaire non seulement quand il s'agit des affaires contentieuses, mais bien aussi dans les affaires consultatives, si la demande d'avis porte sur un litige entre Etats, de sorte que la réponse de la Cour trancherait la question qui forme l'objet du litige» (*Dissenting Opinion by Judge Zorivic (Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950)*, p. 103); «La Cour a montré que le consentement de l'Etat intéressé est nécessaire pour qu'on puisse donner un avis consultatif dans les cas où la Cour a à résoudre une question juridique «actuellement pendante» entre des États» (*Dissenting Opinion by Judge Krylov (Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950)*, p. 109).

³⁶ “There has been some discussion as to whether questions for an advisory opinion, if they relate to matters which form the subject of a pending dispute between nations, should be put to the Court without the consent of the parties. It is unnecessary in the present case to deal with this topic” (*ibid.*, p. 27).

detallado en el artículo 17 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, mediante el cual se buscaba la aprobación de aquel Estado parte en la controversia, pero no miembro de la Sociedad de las Naciones, a los fines de que el Consejo pudiera finalmente desplegar sus competencias, según lo establecido por los artículos 12 a 16 del Pacto. Sobre la base de lo sostenido a través de estas dos aclaraciones, la CPJI terminaría por afirmar que “[t]he refusals which Russia had already opposed to the steps suggested by the Council have been renewed upon the receipt by it of the notification of the request for an advisory opinion”³⁷, para luego concluir el haber encontrado “[...] impossible to give its opinion on a dispute of this kind”³⁸. De esta manera, a nuestro entender, la falta del consentimiento correspondiente por parte del Gobierno ruso no debería entenderse como un requisito adicional necesario para que la Corte estuviera en condiciones de ejercer su función consultiva, sino más bien como un obstáculo para que el Consejo de la Sociedad de las Naciones fuera, finalmente, competente a los fines de llevar a cabo la solicitud correspondiente. De esta manera, la falta de jurisdicción de la CPJI se obtendría como resultado de la incompetencia del Consejo y no por la ausencia de consentimiento de uno de los Estados interesados³⁹.

³⁷ *Ibid.*, p. 28.

³⁸ *Ibid.*, énfasis agregado.

³⁹ “En definitiva, Rusia no se encontraba obligada por las normas del Pacto sobre arreglo pacífico de controversias y, como consecuencia, el Consejo de la Liga no tenía competencia para tratar el tema. De aquí es impropio derivar [...] que la falta de consentimiento de uno de los Estados parte en una controversia precluye la competencia consultiva de la Corte.” (ESPÓSITO, Carlos D., *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia* (1st ed., 1996), p. 229); “[t]he reasoning of the Court is mathematically precise, though not too explicit in view of the politically sensitive issue involved of relations between the Council and the Court. The Council of the League was not competent, absent the consent of Russia, to handle the issue; therefore it was incompetent to request an advisory opinion; whence the refusal of the Court to hand it down. There is no mention nor question of discretion or discretionary power. The Court uses the unambiguous adjective “impossible”. What is impossible leaves no choice, no discretion; and it was “impossible” because it was a question of jurisdiction – competence– or rather of going beyond the limits of jurisdiction, not a simple question of “opportunity” or convenience.” (ABI-SAAB, George, “On Discretion. Reflections on the nature of the consultative function of the International Court of Justice”, in Laurence Boisson de Chazournes and Philippe Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (1999), p. 40); “[...] it should be remembered that the *Eastern Carelia* (1923) precedent did not establish that the consent of the disputing States was necessary before the Court could respond to a request for its opinion on various aspects of their dispute. A careful analysis of that case shows that the obstacles

Las dos razones *sensibles* o *perentorias* (“*cogent reasons / raisons péremptoires*”) mencionadas por la Corte con posterioridad a haber reconocido la imposibilidad de emitir la opinión consultiva solicitada, no harán otra cosa que confirmar la *ratio decidendi* anteriormente mencionada. En efecto, al tratarse de una solicitud de una opinión sobre una disputa pendiente entre dos Estados, y al no contar con la participación de uno de ellos, la Corte no solo no dispondría de la información necesaria para poder desentrañar con claridad el alcance de los artículo 10 y 11 del Tratado de Dorpat de 1920, entre Finlandia y Rusia, y de la declaración unilateral contemporánea presentada por la delegación rusa, sino que también el emitir una opinión en estas circunstancias implicaría ir en contra de ciertas normas o garantías procesales básicas que regulan la actividad de toda Corte de Justicia, como ser, aquellas vinculadas con el derecho de las partes interesadas a presentar argumentos desde una posición de igualdad o con las posibilidad de acceder, por parte del tribunal, a una información acabada del caso en cuestión⁴⁰.

La imposibilidad de emitir una opinión consultiva que haya sido solicitada por un órgano (el Consejo de la Sociedad de las Naciones) cuya competencia se haya visto afectada por la falta de consentimiento de uno de los Estados interesados se vio posteriormente confirmada por la CPJI en dos oportunidades. Efectivamente, en su opinión consultiva inmediatamente posterior, concerniente a *Ciertas cuestiones relativas a colonos de origen alemán en el territorio cedido por Alemania a Polonia*, la Corte se encontró frente a la necesidad de expresarse de la siguiente manera: “If [...] the subject matter of the controversy is not within the competency of the League, the Court would not be justified in rendering

facing the Court resided in the fact that the League Council did not have jurisdiction to put the question (because Russia, which was not a Member of the League, had not given its consent under Article 17 of the Covenant) and in the Court’s inability to establish the facts adequately, resulting from Russia’s refusal to cooperate with the case (that is, from the lack of Russian consent). The first obstacle concerned the jurisdiction of the Council, and only indirectly that of the Court. The second was purely circumstantial.” (KOLB, Robert, *The International Court of Justice* (1st ed., 2013), p. 1070).

⁴⁰ ESPÓSITO, Carlos D., *ibid.* pp. 117-127.

an opinion as to the rights of the settlers”⁴¹. Por otra parte, a pesar de que las circunstancias de hecho y de derecho eran particularmente similares a aquellas existentes en el caso sobre el *Estatuto de la Carelia Oriental*, en su opinión consultiva relativa al *Artículo 3, párrafo 2 del Tratado de Lausanne*, la Corte terminaría por brindar una respuesta a la pregunta formulada por el Consejo. En efecto, a diferencia de lo constatado en la controversia entre Finlandia y Rusia, en la disputa fronteriza entre Turquía e Irak (bajo mandato británico), el Consejo se encontraba habilitado para actuar, gracias a lo expresamente acordado por los Estados parte a través del artículo 3 del Tratado adoptado en *Lausanne* el 24 de julio de 1923⁴².

II. La ausencia de elusión (*circumvention*) del Principio del consentimiento del Estado para el arreglo de las controversias en la Competencia consultiva de la CIJ

A partir de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, la función consultiva de la CIJ sería observada con una visión particularmente distinta a aquella sustentada por los miembros iniciales de la CPJI⁴³. En efecto, el artículo 7 de la Carta identificaría a la Corte como uno de los *órganos principales* de la Organización de las Naciones Unidas, junto con la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria y la Secretaría⁴⁴. A su vez, a través de su artículo 92, el mismo instrumento reconocería a la Corte como el *órgano judicial principal de las Naciones Unidas*, cuyo funcionamiento estaría regulado por un Estatuto que formaría parte integrante de la Carta⁴⁵. De esta manera, más que ofrecer

⁴¹ *Certain Questions relating to Settlers of German origin in the territory ceded by Germany to Poland*, PCIJ, Series B, No. 6 (1923), p. 19. See also: ABI-SAAB, George, *ibid.*, p. 40.

⁴² *Article 3, paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (Frontier between Turkey and Iraq)*, PCIJ, Series B, No. 13 (1925), p. 18. See also: NEGULESCO, Démètre, «L'évolution de la procédure des avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale», *op. cit.*, pp. 20-21.

⁴³ KOLB, Robert, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 1030.

⁴⁴ Article 7, first paragraph, of the Charter of the United Nations.

⁴⁵ “The International Court of Justice shall be the principal judicial organ of the United Nations. It shall function in accordance with the annexed Statute, which is based upon

una vía alternativa para la solución de disputas entre Estados, la función consultiva de la CIJ se presentaría como la oportunidad, para dicho órgano, *de participar y contribuir en el trabajo a desarrollar por la Organización*, no solo en lo vinculado exclusivamente con la solución pacífica de las controversias que pudieran poner en peligro la paz y la seguridad internacionales, sino también en aquellas competencias relacionadas, entre otras cuestiones, con la cooperación internacional y la descolonización.

A estas primeras observaciones se le sumaba el hecho de que las disposiciones, tanto de la Carta como del Estatuto de la Corte vinculadas con la función consultiva, ampliaban el número de órganos e instituciones que pudieran solicitar una opinión consultiva, y eran más específicas con respecto a las características de la consulta. En efecto, a diferencia de lo estipulado por el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, el artículo 96 de la Carta determinaría que, junto a la competencia originaria en cabeza de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, también se encontrarían habilitados a solicitar una opinión consultiva los demás órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que hayan sido previamente autorizados por la Asamblea General, siempre y cuando la consulta formulada versare sobre una cuestión jurídica que figure dentro de la esfera de las actividades del órgano o institución solicitante⁴⁶. En cuanto a la especificidad de la normativa correspondiente, ya no se haría una distinción entre una consulta sobre una *controversia* y sobre cualquier otra *cuestión* (como bien se manifestaba en el artículo 14 del Pacto). Según lo estipulado tanto por el artículo 96 de la Carta como por el artículo 65, primer párrafo, del Estatuto de la Corte, la consulta debía versar sobre “cualquier cuestión *jurídica*”⁴⁷.

the Statute of the Permanent Court of International Justice and forms an integral part of the present Charter” (Article 92 of the Charter of the United Nations).

⁴⁶ “1. The General Assembly or the Security Council may request the International Court of Justice to give an advisory opinion on any legal question; 2. Other organs of the United Nations and specialized agencies, which may at any time be so authorized by the General Assembly, may also request advisory opinions of the Court on legal questions arising within the scope of their activities” (Article 96 of the Charter of the United Nations).

⁴⁷ “The Court may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United

Por último, vale resaltar que las divergencias de texto que se habían podido constatar entre las versiones en inglés y en francés del artículo 14 (“*Elle donnera aussi des avis consultatifs [...]*” y “*The Court may also give an advisory opinion [...]*”) ya no figurarían en aquellas correspondientes al artículo 65, primer párrafo, del Estatuto de la CIJ. En efecto, la consolidación del verbo “*podrá*” (“*peut*” o “*may*”) ofrecería a la Corte la posibilidad de desarrollar y afianzar toda una jurisprudencia tendiente a reconocer su *poder o facultad discrecional* alrededor de su competencia consultiva.

Como resultado de este nuevo contexto normativo y de los argumentos presentados por los Estados participantes en los diferentes procedimientos consultivos, la CIJ terminaría por identificar la elusión (*circumvention*) del Principio del consentimiento del Estado para el arreglo judicial de las controversias como una *razón decisiva* (“*compelling reason*” / “*raison décisive*”) suficiente para que esta finalmente se encuentre en condiciones de rechazar la solicitud de opinión consultiva (A). Sin embargo, esta primera constatación no sería acompañada de una descripción detallada de aquellas circunstancias que permitirían identificar dicha elusión. En efecto, frente a la necesidad de brindar una respuesta que represente un aporte de relevancia a las actividades de la ONU, la CIJ simplemente se dedicaría a delinear aquellos factores que, en definitiva, le permitirán eludir el ejercicio de sus facultades discrecionales (B).

A. La identificación de la elusión (*circumvention*) del Principio del consentimiento del Estado como una *razón decisiva*

La opinión consultiva del 30 de marzo de 1950, relativa a la *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, se presentaría como una primera oportunidad para que la CIJ se expidiera sobre la supuesta relevancia del consentimiento de los Estados interesados frente a una solicitud de opinión vinculada con una

Nations to make such a request” (Article 65, first paragraph, Statute of the International Court of Justice).

controversia latente⁴⁸. En dicha ocasión, la AGNU, mediante la resolución 294 (IV) del 22 de octubre de 1949, solicitaría una opinión consultiva a la CIJ con el objeto de determinar el alcance de ciertas disposiciones vinculadas con el procedimiento de resolución de controversias, detalladas en una serie de tratados de paz que los aliados habían celebrado con Hungría, Rumania y Bulgaria el 10 de febrero de 1947⁴⁹.

Según la posición adoptada por los aliados, Hungría, Rumania y Bulgaria habrían incumplido las disposiciones de los tratados de paz relacionadas con la protección de los derechos humanos y, por consiguiente, el procedimiento de solución de controversias detallado en dichos instrumentos debía ser activado. Hungría, Rumania y Bulgaria, por su parte, consideraban que no había habido violación alguna de los instrumentos invocados y que, como resultado de ello, no se encontraban frente a una controversia que pudiera justificar la puesta en marcha del procedimiento mencionado. Frente a dicha situación, la AGNU formularía cuatro preguntas tendientes a solucionar las siguientes cuestiones⁵⁰: si la situación desencadenada entre las Partes de los tratados de paz de 1947 justificaba la ejecución de las disposiciones vinculadas con la solución pacífica de las controversias detalladas en dichos instrumentos (primera consulta); si los Gobiernos de Hungría, Rumania y Bulgaria estaban obligados a cumplir con las disposiciones mencionadas en la primera consulta (segunda consulta); si, frente a la continuidad en la falta de cumplimiento de las disposiciones de los tratados por parte de Hungría, Rumania y Bulgaria, el secretario general de las Naciones Unidas se encontraba autorizado a elegir el tercer

⁴⁸ CARLSTON, Kenneth S., "Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary, and Rumania, Advisory Opinions of the International Court of Justice", *The American Journal of International Law* 44 (1950), pp. 728-737; YUEN-LI LIANG, "Observance in Bulgaria, Hungary and Rumania of Human Rights and Fundamental Freedoms: Request for an Advisory Opinion on Certain Questions", *The American Journal of International Law*, 44 (1950), pp. 100-117; HAMBRO, E., "The Jurisdiction of the International Court of Justice", *op. cit.*, pp. 202-207; ESPÓSITO, Carlos D., *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, *op. cit.*, pp. 231-234; ALJAGHOUB, Mahasen M., *The Advisory Function of the International Court of Justice 1946-2005*, *op. cit.*, pp. 101-102; KOLB, Robert, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 1070-1071.

⁴⁹ *Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950*, pp. 67-68.

⁵⁰ *Ibid.*

miembro de la Comisión⁵¹ (tercera consulta); y, finalmente, si la Comisión, conformada por un representante elegido por una de las Partes en la controversia y un miembro nombrado por el secretario general de las Naciones Unidas, podía adoptar una decisión obligatoria para los Estados involucrados en la disputa (cuarta consulta).

Por razones prácticas, la CIJ respondería los cuatro interrogantes en dos tiempos diferentes. A los fines de nuestro análisis, nos concentraremos en la primera fase de la opinión consultiva, donde un grupo mayoritario de Estados manifestaría su desacuerdo con respecto a la competencia de la Corte⁵². Entre los argumentos presentados para justificar sus posiciones se destacarían dos: en primer lugar, el objeto de la solicitud de opinión consultiva se encontraría vinculado con un asunto que era esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados

⁵¹ "Articles 36, 40 and 38, respectively, of the Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, after providing that disputes concerning the interpretation or execution of the Treaties which had not been settled by direct negotiation should be referred to the Three Heads of Mission, continue: 'Any such dispute not resolved by them within a period of two months shall, unless the parties to the dispute mutually agree upon another means of settlement, be referred at the request of either party to the dispute to a Commission composed of one representative of each party and a third member selected by mutual agreement of the two parties from nationals of a third country. Should the two parties fail to agree within a period of one month upon the appointment of the third member, the Secretary-General of the United Nations may be requested by either party to make the appointment; 2. The decision of the majority of the members of the Commission shall be the decision of the Commission, and shall be accepted by the parties as definitive and binding.'" (*Ibid.*, pp. 226-227).

⁵² See: *Télégramme émanant du Ministre des Affaires Etrangères de la République Populaire de Bulgarie et adressé au Président de la Cour, reçu le 14 janvier 1950* (*International Court of Justice. Pleadings, Oral Arguments, Documents. Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, pp. 196-197); *Telegram from the Minister for Foreign Affairs of the Ukrainian Soviet Socialist Republic to the International Court of Justice, the Hague, January 15th, 1950* (*ibid.*, p. 198); *Letter from the Chargé d'Affaires A.I. of the Union of Soviet Socialist Republic in the Netherlands to the Registrar of the International Court of Justice, the Hague, January 14, 1950* (*ibid.*, p. 199); *Télégramme du Ministre des Affaires Etrangères de la République Socialiste Soviétique de Biélorussie à la Cour internationale de Justice, la Hague, 15 janvier 1950* (*ibid.*, p. 201); *Lettre du Chargé d'Affaires A.I. de la République Populaire Roumaine aux Pays-Bas au Président de la Cour internationale de Justice, la Hague, le 16 janvier 1950* (*ibid.*, p. 202); *Lettre de l'Envoyé extraordinaire et Ministre plénipotentiaire de la République Tchécoslovaque au Greffier de la Cour, la Haye, le 16 janvier 1950* (*ibid.*, p. 204); *Lettre du Ministre des Affaires Etrangères de la République Populaire Hongroise au Greffier de la Cour, Budapest, le 13 janvier 1950* (*ibid.*, pp. 210-212).

involucrados y, por consiguiente, la AGNU habría violado, mediante su solicitud, lo estipulado por el artículo 2, párrafo 7, de la Carta de las NU; en segundo lugar, el responder a los interrogantes formulados por la AGNU implicaría el incumplimiento por parte de la CIJ de uno de los principios fundamentales del derecho internacional, según el cual ningún Estado podría ser sometido a un procedimiento de solución de controversias sin su consentimiento. Vale resaltar, una vez más, que los dos argumentos mencionados con anterioridad fueron empleados para justificar la *incompetencia* de la CIJ, y no para fundamentar una causal de inadmisibilidad o el empleo de sus facultades discrecionales. De esta manera, por tratarse de una opinión consultiva vinculada con una controversia pendiente entre Estados, la necesidad de obtener el consentimiento correspondiente era presentada como una condición más a tener en cuenta para determinar la competencia de la CIJ, junto a aquellas expresamente estipuladas por el artículo 65, primer párrafo, del Estatuto de la Corte, sobre la base principalmente de lo detallado por el artículo 68 del mismo instrumento y de lo declarado por la CPJI en el caso relativo al *Estatuto de la Carelia Oriental* ⁵³.

En su opinión consultiva del 30 de marzo de 1950, la CIJ desestimaría ambos argumentos. En el primer caso, la Corte se limitaría a afirmar que la solicitud de opinión consultiva solo poseía como principal objetivo determinar el alcance de ciertas disposiciones convencionales relacionadas con el procedimiento de resolución de todas aquellas controversias que surjan con respecto a la interpretación o aplicación de

⁵³ En este sentido, resulta interesante recordar lo afirmado por la entonces República de Checoslovaquia en su carta a la CIJ: «Dans le sens de l'article 82 du Règlement et de l'article 68, la Cour doit appliquer, à la requête pour l'avis consultatif, les dispositions prévues en matière contentieuse. Dans cette procédure, la Cour est en premier lieu tenue d'examiner sa compétence et d'en décider au terme de l'article 36, paragraphe 6, et de l'article 53, paragraphe 2, du Statut. Des faits que la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie ne sont pas membres de l'organisation des Nations Unies, et ne sont pas parties du Statut de la Cour, ainsi que du fait que chacun de ces Etats a expressément rejeté le procédé de l'Assemblée générale des Nations Unies en cette matière, y compris l'appel à la Cour, celle-ci devra –analogiquement d'après l'avis consultatif de la Cour permanente de Justice internationale du 23 juin 1923, no 5– inévitablement constater qu'elle n'est pas compétente.» (*Lettre de l'Envoyé extraordinaire et Ministre plénipotentiaire de la République Tchecoslovaque au Greffier de la Cour, la Haye, le 16 janvier 1950* (*International Court of Justice. Pleadings, Oral Arguments, Documents. Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, p. 204)).

los instrumentos bajo análisis. De esta manera: “[t]he interpretation of the terms of a treaty for this purpose could not be considered as a question essentially within the domestic jurisdiction of a State. It is a question of international law which, by its very nature, lies within the competence of the Court”⁵⁴. En cuanto al segundo argumento relacionado con la falta del consentimiento de los Estados interesados, la CIJ se expediría de la siguiente manera:

“This objection reveals a confusion between the principles governing contentious procedure and those which are applicable to Advisory Opinions.

The consent of States, parties to a dispute, is the basis of the Court’s jurisdiction in contentious cases. The situation is different in regard to advisory proceedings even where the Request for an Opinion relates to a legal question actually pending between States. The Court’s reply is only of an advisory character: as such, it has no binding force. It follows that no State, whether a Member of the United Nations or not, can prevent the giving of an Advisory Opinion which the United Nations considers to be desirable in order to obtain enlightenment as to the course of action it should take. The Court’s Opinion is given not to the States, but to the organ which is entitled to request it; the reply of the Court, itself an “organ of the United Nations”, represents its participation in the activities of the Organization, and, in principle, should not be refused”⁵⁵.

De esta manera, la Corte terminaría por despejar todas las dudas que pudieran haber existido con respecto a los términos requeridos para que la CIJ estuviera en condiciones de ejercer su función consultiva⁵⁶. Si para acceder a la competencia contenciosa de la Corte, el consentimiento de los Estados partes en una disputa se presenta como una *conditio sine qua non*, en el caso de la *competencia consultiva*, la situación sería totalmente diferente, inclusive en aquellas circunstancias donde la opinión solicitada estuviera vinculada con una controversia en su momento pendiente entre Estados. Esto sería así gracias a dos características fundamentales del procedimiento consultivo, bien

⁵⁴ *Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950*, pp. 70-71.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 71.

⁵⁶ HAMBRO, E., “The Jurisdiction of the International Court of Justice”, *op. cit.*, pp. 202-207; ESPÓSITO, Carlos D., *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, *op. cit.*, pp. 231-234; ALJAGHOUB, Mahasen M., *The Advisory Function of the International Court of Justice 1946-2005*, *op. cit.*, pp. 101-102; KOLB, Robert, *The International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 1070-1071.

resaltadas por la Corte: su respuesta no sería obligatoria para los Estados miembros de las NU, y estaría dirigida *únicamente* al órgano que la haya solicitado. De esta manera, su opinión con respecto a una cuestión jurídica no representaría otra cosa que su participación en las actividades de la Organización en tanto que órgano judicial principal de la misma. Esta primera constatación sería confirmada por la Corte en sus sucesivas opiniones consultivas de una manera constante y uniforme⁵⁷.

Ahora bien, que la competencia consultiva no estuviera supeditada al consentimiento de los Estados interesados no implicaría que la Corte, en determinadas circunstancias, no se viera frente a la necesidad de identificar ciertos *límites* a su obligación de responder una solicitud de opinión consultiva. Límites que, según el mismo tribunal, podrían surtir sus efectos mediante el ejercicio de su poder discrecional, implícitamente reconocido a través de la terminología permisiva empleada por el artículo 65 del Estatuto, en todos aquellos casos donde se viera afectado su carácter de “*órgano judicial principal*” de la Organización⁵⁸. Sin embargo, no se llevaría a cabo un análisis exhaustivo de la naturaleza de dichos límites, ni de las razones por las cuales el *carácter judicial* del órgano podría haberse visto afectado. En efecto, las circunstancias del caso finalmente impedirían que la Corte se viera obligada a no dar una respuesta a las preguntas formuladas por la AGNU ya que aquellas no implicaban resolver el fondo de la controversia existente entre los Estados involucrados⁵⁹. Con posterioridad a la opinión consultiva relativa a la *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, varias fueron las ocasiones donde la Corte haría referencia a los mencionados límites, ya no como tales, sino

⁵⁷ *Reservations to the Convention of Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951*, p. 19; *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C.J. Reports 1962*, p. 155; *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 21, para. 23 and p. 24, para. 31; *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, pp. 157-158, para. 47.

⁵⁸ “There are certain limits, however, to the Court’s duty to reply to a Request for an Opinion. It is not merely an “organ of the United Nations”, it is essentially the “principal judicial organ” of the Organization (Art. 92 of the Charter and Art. 1 of the Statute). It is on account of this character of the Court that its power to answer the present Request for an Opinion has been challenged” (*Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950*, pp. 71-72).

⁵⁹ *Ibid.*, p. 72.

mediante la expresión “razones decisivas” (“*compelling reasons*” / “*des raisons décisives*”), sin ofrecer nuevamente un examen detenido de las mismas⁶⁰.

En la opinión consultiva sobre el *Sahara Occidental*, la CIJ se vería obligada a realizar un examen con mayor detenimiento de aquellas razones que la habían llevado a considerar la falta de consentimiento de alguno de los Estados interesados como una causal suficiente para ejercer sus poderes o facultades discrecionales⁶¹. En dicha oportunidad, la AGNU, mediante su resolución 3292 (XXIX) del 13 de diciembre de 1974, había solicitado una opinión consultiva a la CIJ con el objeto de desentrañar las siguientes dos cuestiones: si el *Sahara Occidental* (Río de Oro y Sakiet El Hamra), al momento de la colonización por parte de España podía ser considerado como una *terra nullius* (primera consulta); y si, en el supuesto caso de haber obtenido una respuesta negativa a la

⁶⁰ “Still more emphatically, in its Opinion of 23 October 1956, the Court said that only “compelling reasons” should lead it to refuse to give a requested advisory opinion (*Judgments of the Administrative Tribunal of the I.L.O. upon complaints made against the Unesco, I.C. J. Reports 1956*, p. 86)” (*Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C.J. Reports 1962*, p. 155); “The Court has considered whether there are any ‘compelling reasons’, as referred to in the past practice of the Court, which would justify such a refusal. It has found no such reasons. Moreover, it feels that by replying to the request it would not only ‘remain faithful to the requirements of its judicial character’ (*I.C.J. Reports 1960*, p. 153), but also discharge its functions as ‘the principal judicial organ of the United Nations’ (Art. 92 of the Charter)” (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 27).

⁶¹ FLORY, Maurice, «L’avis de la Cour internationale de Justice sur le *Sahara occidental*», *Annuaire française de droit international* 21 (1975), pp. 253-277; CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, “Libre Determinación de los Pueblos e Integridad Territorial de los Estados en el Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia sobre el Sahara Occidental”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)* 29 (1976), pp. 3-49; FRANCK, Thomas M., “The Stealing of the Sahara”, *The American Journal of International Law* 70 (1976), pp. 694-721; JANIS, Mark W., “International Court of Justice: Advisory Opinion on the Western Sahara”, *Harvard International Law Journal* 17 (1976), pp. 609-622; RIEDEL, Eibe H., “Confrontation in Western Sahara in the Light of the Advisory Opinion of the International Court of Justice of 16 October 1975. A Critical Appraisal”, *German Yearbook of International Law* 19 (1976), pp. 405-442; SHAW, Malcolm, “The Western Sahara Case”, *British Yearbook of International Law* 49 (1978), 119-154; ESPÓSITO, Carlos D., *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, op. cit., pp. 236-239; ALJAGHOUB, Mahasen M., *The Advisory Function of the International Court of Justice 1946-2005*, op. cit., pp. 104-105.

primera consulta, cuáles serían los lazos legales (*legal ties*) existentes entre el territorio en cuestión y el Reino de Marruecos y la entidad de Mauritania (segunda consulta)⁶². Frente a dicha solicitud, España presentaría una serie de objeciones⁶³. Entre ellas, figuraría aquella vinculada con la falta de consentimiento correspondiente. En efecto, según el Gobierno español, mediante la solicitud de opinión consultiva se pretendía, indirectamente, solucionar una controversia relacionada con los derechos de soberanía sobre el territorio en cuestión sin contar con el consentimiento de una de las partes interesadas⁶⁴. De esta manera, se estaría logrando una elusión (*circumvention / tournement*) del principio fundamental del derecho internacional según el cual el ejercicio de la jurisdicción de la Corte se vería siempre supeditado al consentimiento manifestado en forma directa o indirecta por los Estados partes en la disputa⁶⁵, una *razón decisiva* (*compelling reason / raison décisive*) suficiente para que la CIJ terminara por rechazar la solicitud de opinión consultiva mediante el ejercicio de sus facultades discrecionales. Para fundamentar su posición, España haría finalmente referencia a los casos sobre el *Estatuto de la Carelia Oriental*, la *Interpretación de los Tratados de Paz y Namibia*⁶⁶.

Mediante su opinión consultiva del 16 de octubre de 1975, la Corte recordaría una vez más lo manifestado oportunamente respecto a las consecuencias jurídicas que podría acarrear la falta del consentimiento correspondiente frente a una solicitud de opinión consultiva sobre una cuestión vinculada a una controversia existente. Dicha falta “[...] might constitute a ground for declining to give the opinion requested if, in the circumstances of a given case, considerations of judicial propriety should oblige the Court to refuse an opinion. In short, the consent of an interested State continues to be relevant, not for the Court’s competence, but for the appreciation of the propriety of giving an opinion”⁶⁷. Seguidamente, la Corte se expediría con mayor

⁶² *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, pp. 13-14, para. 1.

⁶³ *Ibid.*, p. 22, para. 25.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 22, para. 27.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 22-23, para. 27.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 23, para. 28.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 25, para. 32. El mismo párrafo de la opinión consultiva en francés: «La Cour a ainsi reconnu que le défaut de consentement pourrait l’amener à ne pas émettre d’avis si, dans les circonstances d’une espèce donnée, des considérations tenant à son caractère

detalle sobre cuáles podrían llegar a ser las circunstancias donde la falta de consentimiento podría afectar el carácter judicial del tribunal:

“In certain circumstances, therefore, the lack of consent of an interested State may render the giving of an advisory opinion incompatible with the Court’s judicial character. *An instance of this would be when the circumstances disclose that to give a reply would have the effect of circumventing the principle that a State is not obliged to allow its disputes to be submitted to judicial settlement without its consent.* If such a situation should arise, the powers of the Court under the discretion given to it by Article 65, paragraph 1, of the Statute, would afford sufficient legal means to ensure respect for the fundamental principle of consent to jurisdiction”⁶⁸.

El presente párrafo se manifestaría como la primera ocasión donde la Corte intentaría desarrollar la razón o el motivo por el cual la falta de consentimiento podría afectar el carácter judicial del tribunal⁶⁹. En este sentido, esta situación presentaría si el responder a la o las preguntas formuladas mediante una solicitud de opinión consultiva trajera como resultado soslayar (*circumvent / tourner*) el Principio según el cual ningún Estado estaría obligado a someter una disputa a un arreglo judicial sin su consentimiento. Sin embargo, tanto en esta opinión como en las demás donde se presentarían observaciones similares⁷⁰, la Corte no se detendría a analizar en qué circunstancias la

judiciaire imposaient un refus de répondre. Bref, le consentement d’un Etat intéressé conserve son importance non pas du point de vue de la compétence de la Cour mais pour apprécier s’il est opportun de rendre un avis consultatif» (*ibid.*).

⁶⁸ *Ibid.*, p. 25, para. 33 (énfasis agregado). The same paragraph of the Advisory Opinion in French: «Ainsi le défaut de consentement d’un Etat intéressé peut, dans certaines circonstances, rendre le prononcé d’un avis consultatif incompatible avec le caractère judiciaire de la Cour. Tel serait le cas si les faits montraient qu’accepter de répondre aurait pour effet de tourner le principe selon lequel un Etat n’est pas tenu de soumettre un différend au règlement judiciaire s’il n’est pas consentant. Si une telle situation devait se produire, le pouvoir discrétionnaire que la Cour tient de l’article 65, paragraphe 1, du Statut fournirait des moyens juridiques suffisants pour assurer le respect du principe fondamental du consentement à la juridiction» (*ibid.*).

⁶⁹ ESPOSITO, Carlos D., *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, op. cit., pp. 236-239; ALJAGHOUB, Mahasen M., *The Advisory Function of the International Court of Justice 1946-2005*, op. cit., pp. 104-105.

⁷⁰ *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989, pp. 191-192, paras. 37-39; *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 158, para. 47; *Legal*

respuesta a una opinión consultiva podría tener los efectos descriptos. En lugar de ello, el órgano judicial principal de la ONU se dedicaría a exponer y desarrollar las condiciones o circunstancias que le permitirían reconocer la ausencia de una elusión (*circumvention*) del Principio mencionado y, por consiguiente, justificar su actitud tendiente a ejercer su función consultiva.

B. Aspectos que permitirían identificar la ausencia de elusión (*circumvention*) del Principio del consentimiento del Estado

El análisis detallado del ejercicio de la función consultiva por parte de la CIJ nos lleva necesariamente al reconocimiento de cinco circunstancias habitualmente resaltadas por la Corte para fundamentar su posición a favor de la inexistencia de una elusión (*circumvention*) del principio del consentimiento del Estado para el arreglo judicial de una disputa. Tres de ellos fueron empleados por la Corte de manera esporádica y tuvieron una relación de dependencia importante con respecto a los argumentos presentados por los Estados que participaron en el procedimiento consultivo. Con respecto a los dos aspectos restantes, la situación sería particularmente diferente. Se presentaron como los dos ejes fundamentales que permitirían a la Corte resolver la excepción preliminar a favor de una respuesta a la cuestión formulada. Los tres primeros aspectos están vinculados con la distinción remarcada entre las circunstancias del caso bajo análisis y aquellas de la opinión consultiva de la CPJI sobre el *Estatuto de la Carelia Oriental* (1); con la imposibilidad de comprometer la posición jurídica del Estado cuyo consentimiento no fue manifestado (2); y con el hecho de que una divergencia con respecto a los puntos de vista sobre la cuestión planteada no transformaría el caso en una disputa (3)⁷¹. Los dos aspectos

Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, p. 117, para. 85.

⁷¹ Otro aspecto que podría ser tenido en cuenta y que fue destacado por la CIJ en su opinión consultiva de 1989 relativa a la *Aplicabilidad del artículo VI, sección 22, de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas*, donde una distinción fue remarcada entre la *aplicabilidad* y la *aplicación* de la Convención. En efecto, en dicha ocasión la Corte afirmó: “In view of the emphasis placed by Romania on its reservation to Article 30 of the General Convention and the absence of its consent to the present request for advisory opinion, the Court must consider whether in this case

restantes estarían relacionados con el *objeto de la o las cuestiones* formuladas a través de la solicitud de opinión consultiva (4); y con el interés que el o los órganos de la ONU pudieran llegar a tener sobre la respuesta brindada por la Corte (5). A continuación analizaremos cada una de estas circunstancias en el orden mencionado.

(1) *Las distinciones con el caso relativo al Estatuto de la Carelia Oriental*. Uno de los aspectos resaltados por la CIJ en tres ocasiones fue aquel asociado con las *diferencias* entre las circunstancias del caso bajo análisis y aquellas vinculadas con la opinión consultiva de la CPJI con respecto al *Estatuto de la Carelia Oriental*. En dicha opinión sobre la *Interpretación de los Tratados de Paz*, la Corte resaltaría esta circunstancia sobre la base de las disimilitudes existentes en el objeto de cada una de las cuestiones planteadas al tribunal. En efecto, mientras que en el caso sobre el *Estatuto de la Carelia Oriental*, la pregunta formulada por el Consejo de la Sociedad de las Naciones estaba directamente relacionada con el objeto principal de la disputa entre Rusia y Finlandia (la interpretación y alcance del Tratado de Dorpat de 1920 y la declaración unilateral adjunta a este instrumento, formulada por el Gobierno ruso)⁷², en el caso relativo a la *Interpretación de los Tratados de Paz*, las consultas de la AGNU se referían a la determinación del alcance de ciertas disposiciones de los tratados de paz de 1947, supeditadas al procedimiento de solución de controversias, y no al núcleo de la disputa entre los aliados (principalmente los Estados Unidos y el Reino Unido), por una parte, y Bulgaria, Hungría y Rumania, por la otra: la violación, por parte de estos últimos, de ciertas disposiciones de

“to give a reply would have the effect of circumventing the principle that a State is not obliged to allow its disputes to be submitted to judicial settlement without its consent”. The Court considers that in the present case to give a reply would have no such effect. Certainly the Council, in its resolution requesting the opinion, did conclude that a difference had arisen between the United Nations and the Government of Romania as to the *applicability* of the Convention to Mr. Dumitru Mazilu. But this difference, and the question put to the Court in the light of it, are not to be confused with the dispute between the United Nations and Romania with respect to the *application* of the General Convention in the case of Mr. Mazilu” (*Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989*, p. 191, para. 38).

⁷² *Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950*, p. 72.

los tratados mencionados, relacionadas con la protección de los derechos humanos⁷³.

La opinión consultiva relativa a *Namibia* se presentaría como una segunda oportunidad para que la CIJ se manifestara sobre estas diferencias⁷⁴. En efecto, en dicha ocasión, Sudáfrica haría referencia al caso sobre el *Estatuto de la Carelia Oriental* para justificar su posición con respecto a la solicitud de opinión consultiva formulada por el Consejo de Seguridad mediante su resolución 284 (1970), adoptada el 29 de julio de 1970. Según aquella, la Corte debía abstenerse de responder la consulta debido a que esta hacía referencia a una controversia en su momento existente entre Sudáfrica y otros Estados⁷⁵. Sin embargo, la CIJ rechazaría dicho argumento sobre la base de las diferencias existentes entre uno y otro caso con respecto, principalmente, a la membresía de los Estados involucrados con la organización internacional correspondiente (Sociedad de las Naciones u Organización de las Naciones Unidas) y a sus participaciones en el procedimiento consultivo. Efectivamente, según la Corte: “[...] [the case of *Eastern Carelia* was] not relevant, as it differs from the present one. For instance one of the States concerned in that case was not at the time a Member of the League of Nations and did not appear before the Permanent Court. South Africa, as a Member of the United Nations, is bound by Article 96 of the Charter, which empowers the Security Council to request advisory opinions on any legal question. It has appeared before the Court, participated in both

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ DUGARD, John, “Namibia (South West Africa): The Court’s Opinion, South Africa’s Response, and Prospects for the Future”, *Columbia Journal of Transnational Law* 11 (1972), pp. 14-49; HEVENER, N., “The 1971 South-West African Opinion – A New International Juridical Philosophy”, *International and Comparative Law Quarterly* 24 (1975), pp. 791-810; JACQUE, J. P., «L’avis de la Cour Internationale de Justice de 21 juin 1971», *Revue Générale de Droit International Public* 76 (1972), pp. 1046-1097; LISSITZYN, O. J., “International law and the Advisory Opinion on Namibia”, *Columbia Journal of Transnational Law* 11 (1972), pp. 50-73; MANI, V. S. “The Advisory Opinion in the Namibia Case. A Critique”, *Indian Journal of International Law* 11 (1971), pp. 467-480; NISOT, J., «La Namibie et la Cour International de Justice», *Revue Générale de Droit International Public* 75 (1971), pp. 933-943; ROVINE, A. W., “The World Court Opinion on Namibia”, *Columbia Journal of Transnational Law* 11(1972), pp. 203-239.

⁷⁵ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1971, p. 23, para. 30.

the written and oral proceedings and, while raising specific objections against the competence of the Court, has addressed itself to the merits of the question”⁷⁶.

Por último, se debe hacer mención al análisis realizado por la CIJ en su opinión consultiva relativa al *Sahara Occidental*. Como tuvimos oportunidad de examinar con anterioridad, el Gobierno de España sería quien presentaría tres observaciones con el objeto de evitar que la Corte respondiera las cuestiones oportunamente formuladas. Dos de ellas tendrían como fundamento *inter alia* el caso sobre el *Estatuto de la Carelia Oriental*. En efecto, no solo las preguntas enunciadas por la AGNU mediante su resolución 3292 (XXIX) hacían referencia directamente a una controversia existente entre los Estados interesados, afectando de esta manera el principio del consentimiento del Estado sobre el arreglo judicial de las controversias⁷⁷, sino que también, al tratarse de una disputa de soberanía territorial, el procedimiento consultivo no ofrecía la garantías suficientes para que la Corte dispusiese de toda la información necesaria para analizar en profundidad las cuestiones de hecho y de derecho vinculadas con el caso⁷⁸. Sin embargo, la CIJ terminaría por rechazar ambas observaciones. En lo que respecta a la primera objeción, la Corte resaltaría las mismas diferencias con relación a las circunstancias existentes en uno y otro caso, ya mencionadas oportunamente en la opinión consultiva sobre *Namibia*⁷⁹.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 23-24, para. 31.

⁷⁷ *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, pp. 22-23, para. 27.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 28-29, paras. 44-46.

⁷⁹ “30. In other respects, however, Spain’s position in relation to the present proceedings finds no parallel in the circumstances of the advisory proceedings concerning the *Status of Eastern Carelia* in 1923. In that case, one of the States concerned was neither a party to the Statute of the Permanent Court nor, at the time, a Member of the League of Nations, and lack of competence of the League to deal with a dispute involving non-member States which refused its intervention was a decisive reason for the Court’s declining to give an answer. In the present case, Spain is a Member of the United Nations and has accepted the provisions of the Charter and Statute; it has thereby in general given its consent to the exercise by the Court of its advisory jurisdiction. It has not objected, and could not validly object, to the General Assembly’s exercise of its powers to deal with the decolonization of a non-self-governing territory and to seek an opinion on questions relevant to the exercise of those powers. In the proceedings in the General Assembly, Spain did not oppose the reference of the Western Sahara question as such to the Court’s advisory jurisdiction: it objected rather to the restriction of that reference to

En cuanto a la segunda consideración, la Corte remarcaría que la situación en el caso bajo análisis era totalmente distinta a aquella con la cual CPJI se tuvo que confrontar en el caso sobre el *Estatuto de la Carelia Oriental*. En efecto, “Mauritania, Morocco and Spain have furnished very extensive documentary evidence of the facts which they considered relevant to the Court’s examination of the questions posed in the request, and each of these countries, as well as Algeria and Zaire, have presented their views on these facts and on the observations of the others [...] The Court therefore considers that the information and evidence before it are sufficient to enable it to arrive at a judicial conclusion concerning the facts which are relevant to its opinion and necessary for replying to the two questions posed in the request”⁸⁰.

(2) La imposibilidad de comprometer la posición jurídica del Estado interesado cuyo consentimiento no había sido manifestado. Este aspecto sería resaltado por la CIJ solo en dos de las opiniones consultivas analizadas con anterioridad. En aquella correspondiente a la *Interpretación de los Tratados de Paz*, la Corte terminaría por mencionarlo a partir del momento en que las preguntas formuladas no tenían vinculación alguna con la controversia de fondo existente entre los aliados, por una parte, y Bulgaria, Hungría y Rumania, por la otra, asociadas con la violación de ciertos derechos humanos. En efecto, si las consultas poseían como principal objetivo desentrañar el alcance de ciertas disposiciones relacionadas solo con el procedimiento de solución de controversias detallado en los tratados de paz de 1947, la posición jurídica de las partes sobre la disputa de fondo no sería finalmente comprometida por la respuesta que la Corte fuera a dar a las consultas formuladas⁸¹. Este aspecto sería nuevamente remarcado por la Corte en el caso sobre el *Sahara Occidental*. Las dos preguntas enunciadas por la AGNU estaban relacionadas con el estatus jurídico del territorio en disputa en ocasión de su colonización, y no al momento en que la Corte adoptara su opinión en 1975. De esta manera, las respuestas que pudiera dar el tribunal en nada afectarían los derechos de España como potencia administradora y, por consiguiente, “[...] the legal position of the State

the historical aspects of that question” (*Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, pp. 23-24, para. 30).

⁸⁰ *Ibid.*, p. 29, para. 47.

⁸¹ *Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950*, p. 72.

which has refused its consent to the present proceedings [was] not “in any way compromised by the answers that the Court may give to the questions put to it” [...]”⁸².

(3) Una divergencia con respecto a los puntos de vista sobre la cuestión planteada no transformaría el caso en una disputa. Este tercer aspecto sería remarcado por la CIJ en tres de las opiniones consultivas adoptadas hasta el momento. La primera sería aquella ya mencionada, correspondiente al caso sobre *Namibia*. Ya habíamos remarcado uno de los argumentos presentados por Sudáfrica, asociado a la existencia de una controversia entre esta y otros Estados, para evitar que la Corte se expidiera sobre las cuestiones formuladas oportunamente por el Consejo de Seguridad. A esta primera observación, se le agregaría otra vinculada con la relación existente entre la opinión consultiva solicitada y la existencia de una disputa entre Sudáfrica y la ONU. No obstante, la Corte rechazaría esta fundamentación sobre la base de la actitud adoptada por Sudáfrica no solo en aquella oportunidad, sino también en los procedimientos consultivos previamente desarrollados antes la Corte sobre el Sudoeste Africano. En efecto, “[t]he fact that, in the course of its reasoning, and in order to answer the question submitted to it, the Court may have to pronounce on legal issues upon which radically divergent views exist between South Africa and the United Nations, does not convert the present case into a dispute nor bring it within the compass of Articles 82 and 83 of the Rules of Court. [...] Differences of views among States on legal issues have existed in practically every advisory proceeding; if all were agreed, the need to resort to the Court for advice would not arise”⁸³. Este argumento sería empleado una vez más por la CIJ en sus opiniones consultivas relativas a las *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro sobre el Territorio Palestino Ocupado*⁸⁴ y de la *Separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*⁸⁵.

⁸² *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 27, para. 42.

⁸³ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 24, para. 34.

⁸⁴ *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 158, para. 48.

⁸⁵ *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019*, p. 118, para. 89.

(4) El objetivo de la solicitud de opinión consultiva es ofrecer una guía a la Organización de las Naciones Unidas con respecto a sus futuras acciones. Este aspecto ha sido resaltado por la CIJ de manera constante y uniforme en casi todas aquellas solicitudes de opinión consultiva vinculadas directa o indirectamente con una controversia existente entre los Estados interesados. La opinión consultiva relativa a la *Interpretación de los Tratados de Paz* se presentaría como la primera ocasión donde la Corte se detendría a resaltar el objeto de la solicitud a los fines de evitar que la oposición, manifestada por Bulgaria, Hungría y Rumania, impidiera que la Corte se expidiera. En efecto, en dicha ocasión, la CIJ resaltaría que la opinión solicitada poseía como único objetivo el aclarar a la AGNU sobre los diferentes recursos disponibles a través de los procedimientos previstos en los tratados de paz a los fines de poder poner fin a las situaciones denunciadas ante la AGNU⁸⁶. Como consecuencia de ello, “[t]hat being the object of the Request, the Court finds in the opposition to it made by Bulgaria, Hungary and Romania no reason why it should abstain from replying to the Request”⁸⁷. En su opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención sobre Genocidio*, la Corte retomaría este aspecto, pero de una manera un poco más general. En esta oportunidad, se habían presentado algunas objeciones tendientes a resaltar que las consultas formuladas a la CIJ estaban vinculadas a una serie de diferendos surgidos a partir de las discrepancias manifestadas por algunos Estados, frente a las reservas a la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* presentadas por otros⁸⁸. Sin embargo, la Corte terminaría por desestimar estas observaciones, resaltando que “[t]he object of this request for an Opinion is to guide the United Nations in respect of its own action”⁸⁹. A su vez, destacaría el interés, en cabeza de la AGNU y del Secretario General, en conocer los efectos jurídicos de las reservas formuladas a la Convención y de las objeciones correspondientes, teniendo en cuenta la participación de estos órganos en la elaboración y celebración de dicho instrumento⁹⁰.

⁸⁶ *Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950*, p. 72.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Reservations to the Convention of Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951*, p. 19.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

En su opinión consultiva sobre *Namibia*, la Corte aprovecharía las circunstancias del caso para ofrecer una explicación más precisa sobre la importancia del objeto de la solicitud correspondiente. En efecto, según el órgano judicial principal de la Organización, el propósito de la solicitud no era obtener la asistencia necesaria para que el Consejo de Seguridad estuviera finalmente en condiciones de ejercer sus funciones con relación a la solución pacífica de una disputa pendiente entre dos o más Estados, sino disponer del asesoramiento legal correspondiente por parte de la CIJ “[...] on the consequences and implications of these decisions”⁹¹. Para fundamentar su posición, la Corte se basaría en lo estipulado por el Preámbulo de la resolución 284 (1970), para luego recordar una vez más lo manifestado en su opinión consultiva relativa a las *Reservas a la Convención sobre Genocidio*⁹². Este mismo razonamiento sería retomado en su opinión consultiva sobre el *Sahara Occidental*⁹³. Efectivamente, en un primer momento desestimaría una vez más la intención de la AGNU en ejercer sus competencias vinculadas con la solución pacífica de las controversias, resaltando luego el verdadero objeto de la demanda: “[...] to obtain from the Court an opinion which the General Assembly deems of assistance to it for the proper exercise of its functions concerning the decolonization of the territory”⁹⁴. A su vez, nuevamente fundamentaría su posición sobre la base de lo estipulado en el Preámbulo de la resolución 3292 (XXIX)⁹⁵, y de lo afirmado en su opinión consultiva de 1951⁹⁶.

Para algunos autores, lo decidido por la CIJ en su opinión consultiva relativa a las *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro sobre el Territorio Palestino Ocupado*, se presentaría como un punto de inflexión con respecto a lo afirmado con anterioridad⁹⁷. En

⁹¹ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 24.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Western Sahara, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1975, pp. 26-27, paras. 39-41.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 27, para. 39.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 27, para. 40.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 27, para. 41.

⁹⁷ Con respecto a la opinión consultiva relativa a las *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro sobre el Territorio Palestino Ocupado*, ver: GRAY, Christine, “The ICJ Advisory Opinion on Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory”, *The Cambridge Law Journal* 63 (2004), pp. 527-532;

dicha ocasión, la CIJ se limitaría a remarcar que el objeto de la solicitud consistía simplemente en obtener de la Corte una opinión que la AGNU estimara útil para el correcto ejercicio de sus funciones⁹⁸, sin hacer referencia alguna al hecho de emplear la función consultiva para llevar ante la Corte una controversia existente entre Estados. En efecto, a diferencia de lo expresamente afirmado en los casos previamente analizados sobre *Namibia* y el *Sahara Occidental*, no se esperaba de la AGNU otra reacción que no fuera, sobre la base de lo afirmado por la CIJ, ejercer sus competencias o funciones con respecto a la solución de las divergencias existentes entre Israel y Palestina, cristalizadas a partir de la construcción del Muro y llevadas ante la Corte mediante una solicitud de opinión consultiva. La jueza Rosalyn Higgins, mediante su opinión separada en el caso bajo análisis, se manifestaría en este mismo sentido: “In the present case it is the reverse circumstance that obtains. The request is not in order to secure advice on the Assembly’s decolonization duties, but later, on the basis of our Opinion, to exercise powers over the dispute or controversy. Many participants in the oral phase of this case frankly emphasized this objective”⁹⁹. Luego, terminaría por afirmar:

MURPHY, Sean D., “Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse Dixit from the ICJ?”, *American Journal of International Law* 99 (2005), pp. 62-76; O’KEEFE, Roger, “Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: A Commentary”, *Revue Belge de Droit International / Belgian Review of International Law* 37 (2004), pp. 92-154; SABIA DE BARBERIS, Norma Gladys, “La competencia de la Corte Internacional de Justicia para emitir una opinión consultiva en el caso de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado”, in *La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional. Temas relacionados con la Opinión Consultiva sobre la Construcción del Muro* (BARBOZA, Julio (coord.), Instituto de Derecho Internacional - CARI, Buenos Aires (Argentina) 2005, pp. 161-192; SCHREIBER, Arye, “Graffiti on the Wall - A Critique of the ICJ Advisory Opinion on the Israeli Security Wall” *King’s College Law Journal* 16 (2005), pp. 157-165; SCOBIE, Iain, “Unchart(er)ed Waters?: Consequences of the Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory for the Responsibility of the UN for Palestine”, *The European Journal of International Law* 16 (2006), pp. 941-961; TASHJIAN, Joel S., “Contentious Matters and the Advisory Power: The ICJ and the Israel’s Wall”, *Chicago Journal of International Law* 6 (2005), pp. 427-437.

⁹⁸ *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2004, p. 159, para. 50.

⁹⁹ *Separate Opinion of Judge Higgins (Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004)*, p. 210, para. 12.

“The Court has not dealt with this point at all in that part of its Opinion on propriety. Indeed, it is strikingly silent on the matter, avoiding mention of the lines cited above and any response as to their application to the present case. To that extent, this Opinion by its very silence essentially revises, rather than applies, the existing case law”¹⁰⁰.

Sin embargo, a nuestro entender, la supuesta condición mencionada por la CIJ en los dos casos examinados con anterioridad (*Namibia y Sahara Occidental*) podría ser interpretada de una manera diferente. En efecto, en lugar de considerarla como una condición necesaria para que la Corte no se viera obligada a ejercer sus facultades discrecionales, lo afirmado podría estimarse como una aclaración adicional necesaria frente a las circunstancias particulares de cada caso. Esto se vería confirmado en forma indirecta gracias a los argumentos empleados por la Corte en dos de las siguientes opiniones consultivas. Mientras que, en la opinión correspondiente a la *Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia relativa a Kosovo*¹⁰¹, la Corte adoptaría una versión amplia de la noción

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 210, para. 13.

¹⁰¹ Sobre la opinión consultiva sobre la *Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia relativa a Kosovo*, ver: ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz, “*Tu quoque, Corte? La banalización de los poderes del Consejo de Seguridad en la opinión consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*”, *Revista Española de Derecho Internacional* LXIII (2011), pp. 55-77; ARP, Björn, “The ICJ Advisory Opinion on the Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo and the International Protection of Minorities”, *German Law Journal* 11 (2010), pp. 847-865; BOTHE, Michael, “Kosovo – So What? The Holding of the International Court of Justice is not the Last Word on Kosovo’s Independence”, *ibid.* 11 (2010), pp. 837-839; BURRI, Thomas, “The Kosovo Opinion and Secession: The Sounds of Silence and Missing Links”, *ibid.* 11 (2010), pp. 881-889; CARDONA LLORENS, Jorge, “La relevancia (o no) de la administración internacional de Kosovo en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010: perplejidades de un lector”, *Revista Española de Derecho Internacional*, LXIII (2011), pp. 79-98; CHRISTAKIS, Theodore, “The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International Law Something to Say about Secession?”, *Leiden Journal of International Law* 24 (2011), pp. 73-86; CIRKOVIC, Elena, “An Analysis of the ICJ Advisory Opinion on Kosovo’s Unilateral Declaration of Independence”, *German Law Journal* 11 (2010), pp. 895-912; CORTEN, Olivier, “Territorial Integrity Narrowly Interpreted: Reasserting the Classical Inter-State Paradigm of International Law”, *Leiden Journal of International Law* 24 (2011), pp. 87-94; ESPÓSITO, Carlos, “El discreto ejercicio de la función consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Kosovo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, LXIII (2011), pp. 125-146; HANNUN, Hurst, “The Advisory Opinion on Kosovo: An Opportunity Lost, or a

de “objeto” de la solicitud¹⁰², similar a aquella tenida en cuenta en el caso sobre el *Muro*, en la relativa a la *Consecuencias Jurídicas de la Separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, se retomaría lo afirmado en los casos sobre *Namibia* y el *Sahara Occidental*¹⁰³.

Poisoned Chalice Refused?”, *Leiden Journal of International Law*, 24 (2011), pp. 155-161; HOWSE, Robert, TEITEL, Ruti, “Delphic Dictum: How Has the ICJ Contributed to the Global Rule of Law by its Ruling on Kosovo?”, *German Law Journal* 11 (2010), pp. 841-845; JAMAR, Hanna, VIGNESS, Mary Katherine, “Applying Kosovo: Looking to Russia, China, Spain and Beyond After the International Court of Justice Opinion on Unilateral Declarations of Independence”, *ibid.* 11 (2010), pp. 913-928; JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos, “Los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos en la opinión consultiva sobre Kosovo: una oportunidad perdida”, *Revista Española de Derecho Internacional* LXIII (2011), pp. 29-51; KOHEN, Marcelo, G., DEL MAR, Katherine, “The Kosovo Advisory Opinion and UNSCR 1244 (1999): A Declaration of ‘Independence from International Law?’”, *Leiden Journal of International Law* 24 (2011), pp. 109-126; MOLITERNO, James E., “What the ICJ’s Decision Means for Kosovars”, *German Law Journal* 11 (2010), pp. 891-893; MUHARREMI, Robert, “A Note on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo”, *ibid.* 11 (2010), pp. 867-880; PETERS, Anne, “Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?”, *Leiden Journal of International Law* 24 (2011), pp. 95-108; WELLER, Marc, “Modesty Can Be a Virtue: Judicial Economy in the ICJ Kosovo Opinion?”, *ibid.* 24 (2011), pp. 127-147; WILDE, Ralph, “Self- Determination, Secession, and Dispute Settlement after the Kosovo Advisory Opinion”, *ibid.* 24 (2011), pp. 149-154.

¹⁰² “the purpose of the advisory jurisdiction is to enable organs of the United Nations and other authorized bodies to obtain opinions from the Court which will assist them in the future exercise of their functions” (*Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, p. 421, para. 44).

¹⁰³ “The Court notes that the questions put to it by the General Assembly relate to the decolonization of Mauritius. The General Assembly has not sought the Court’s opinion to resolve a territorial dispute between two States. Rather, the purpose of the request is for the General Assembly to receive the Court’s assistance so that it may be guided in the discharge of its functions relating to the decolonization of Mauritius. The Court has emphasized that it may be in the interest of the General Assembly to seek an advisory opinion which it deems of assistance in carrying out its functions in regard to decolonization: “The object of the General Assembly has not been to bring before the Court, by way of a request for advisory opinion, a dispute or legal controversy, in order that it may later, on the basis of the Court’s opinion, exercise its powers and functions for the peaceful settlement of that dispute or controversy. The object of the request is an entirely different one: to obtain from the Court an opinion which the General Assembly deems of assistance to it for the proper exercise of its functions concerning the decolonization of the territory.” (*Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, pp. 26-27, para. 39). (*Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019*, pp. 117-118, para. 86).

(5) La ONU posee un interés particular sobre la cuestión objeto de la solicitud de opinión consultiva. Este aspecto sería resaltado por primera vez en la ya citada opinión consultiva sobre el *Sahara Occidental*. En dicha oportunidad, frente a las alegaciones presentadas por el Gobierno español respecto de la existencia de una controversia aún pendiente, la Corte terminaría por remarcar dos cuestiones. En primer lugar, subrayaría que la controversia jurídica entre los Estados interesados (España, Marruecos y Mauritania) había tenido su origen durante los debates desarrollados en la AGNU, sobre una cuestión tratada por este órgano. De esta manera, no se trataría de una disputa nacida en el marco de una relación exclusivamente bilateral¹⁰⁴. En segundo lugar, recordaría que la solicitud de opinión consultiva disponía de una disposición cuyo contenido hacía referencia a la aplicación de la resolución 1514 (XV) de la AGNU. Por consiguiente, la Corte terminaría por reconocer la necesidad de situar la cuestión planteada en un marco mucho más amplio que aquel estrictamente limitado a la solución de las controversias y donde se estarían englobando otros elementos vinculados tanto con el pasado, como con el presente y el futuro¹⁰⁵.

No obstante, sería en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro sobre el Territorio Palestino Ocupado*, donde la CIJ se manifestaría con mayor claridad. En efecto, frente a las observaciones presentadas por Israel tendientes a probar que la cuestión planteada por la AGNU estaba vinculada con una disputa aún existente, la CIJ se manifestaría de la siguiente manera:

“[...] the Court does not consider that the subject-matter of the General Assembly’s request can be regarded as only a bilateral matter between Israel and Palestine. Given the powers and responsibilities of the United Nations in questions relating to international peace and security, it is the Court’s view that the construction of the wall must be deemed to be directly of concern to the United Nations. The responsibility of the United Nations in this matter also has its origin in the Mandate and the Partition Resolution concerning Palestine [...]. This responsibility has been described by the General Assembly as “a permanent responsibility towards the question of Palestine until the question is resolved in all its aspects in a satisfactory manner in accordance with international

¹⁰⁴ *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 25, para. 34.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 26, para. 38.

legitimacy” (General Assembly resolution 57/107 of 3 December 2002). Within the institutional framework of the Organization, this responsibility has been manifested by the adoption of many Security Council and General Assembly resolutions, and by the creation of several subsidiary bodies specifically established to assist in the realization of the inalienable rights of the Palestinian people”¹⁰⁶.

De esta manera, la Corte terminaría por concluir que “[t]he opinion is requested on a question which is of particularly acute concern to the United Nations, and one which is located in a much broader frame of reference than a bilateral dispute”¹⁰⁷. Este aspecto sería nuevamente retomado en su última opinión consultiva relativa a la *Consecuencias Jurídicas de la Separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*¹⁰⁸.

III. Observaciones sobre la última opinión consultiva de la CIJ relativa a las *Consecuencias jurídicas de la Separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*

Mediante su resolución 71/292, adoptada el 22 de junio de 2017 por 94 votos a favor¹⁰⁹, 15 votos en contra¹¹⁰ y 65 abstenciones¹¹¹, la

¹⁰⁶ *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, pp. 158-159, para. 49.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 159, para. 50.

¹⁰⁸ *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019*, p. 118, paras. 87-88.

¹⁰⁹ Algeria, Angola, Argentina, Azerbaijan, Bahamas, Bangladesh, Belarus, Belize, Benin, Bhutan, Bolivia (Plurinational State of), Botswana, Brazil, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Cameroon, Central African Republic, Chad, Comoros, Congo, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Cuba, Cyprus, Democratic People's Republic of Korea, Democratic Republic of the Congo, Djibouti, Dominican Republic, Ecuador, Egypt, El Salvador, Equatorial Guinea, Eritrea, Ethiopia, Fiji, Gabon, Gambia, Ghana, Guatemala, Guinea, Guinea Bissau, Guyana, India, Jordan, Kenya, Kiribati, Lebanon, Lesotho, Liberia, Madagascar, Malawi, Malaysia, Mali, Marshall Islands, Mauritania, Mauritius, Mozambique, Namibia, Nauru, Nepal, Nicaragua, Niger, Nigeria, Pakistan, Papua New Guinea, Peru, Philippines, Republic of Moldova, Rwanda, Sao Tome and Principe, Saudi Arabia, Serbia, Seychelles, Sierra Leone, South Africa, South Sudan, Sudan, Swaziland, Syrian Arab Republic, Thailand, Togo, Trinidad and Tobago, Tunisia, Uganda, United Arab Emirates, United Republic of Tanzania, Uruguay, Vanuatu, Venezuela (Bolivarian Republic of), Viet Nam, Yemen, Zambia, Zimbabwe (Doc. A/71/PV.88, p. 17).

AGNU solicitaría una opinión consultiva a la CIJ, con la finalidad de evacuar los siguientes dos interrogantes: (1) si el proceso de descolonización de Mauricio se había llevado a cabo de conformidad con el derecho internacional, comprendiendo “las obligaciones recogidas en las resoluciones de la Asamblea General 1514 (XV), del 14 de diciembre de 1960, 2066 (XX), del 16 de diciembre de 1965, 2232 (XXI), del 20 de diciembre de 1966, y 2357 (XXII), del 19 de diciembre de 1967”; (2) y cuáles serían las consecuencias que, en virtud del derecho internacional, incluidas las obligaciones reflejadas en las resoluciones mencionadas, se derivarían del hecho de que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte continuase con la administración del archipiélago de Chagos, “entre otras cosas respecto a que Mauricio no [pudiera] aplicar un programa para reasentar en el archipiélago de Chagos a sus nacionales, en particular los originarios del archipiélago de Chagos”¹¹².

De las veintisiete (27) opiniones consultivas adoptadas hasta el momento por la CIJ¹¹³, la presente se podría considerar como una de las más importantes, tomando como criterio el número de Estados que

¹¹⁰ Afghanistan, Albania, Australia, Bulgaria, Croatia, Hungary, Israel, Japan, Lithuania, Maldives, Montenegro, New Zealand, Republic of Korea, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United States of America (*ibid.*).

¹¹¹ Andorra, Armenia, Austria, Bahrain, Barbados, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Brunei Darussalam, Canada, Chile, China, Colombia, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Grenada, Iceland, Indonesia, Iraq, Ireland, Italy, Jamaica, Kazakhstan, Kuwait, Kyrgyzstan, Latvia, Liechtenstein, Luxembourg, Malta, Mexico, Micronesia (Federated States of), Mongolia, Myanmar, Netherlands, Norway, Oman, Palau, Panama, Paraguay, Poland, Portugal, Qatar, Romania, Russian Federation, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines, Samoa, San Marino, Singapore, Slovakia, Slovenia, Solomon Islands, Spain, Sri Lanka, Sweden, Switzerland, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Timor-Leste, Turkey, Tuvalu (*ibid.*, pp. 17-18).

¹¹² *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019*, p. 102.

¹¹³ En la solicitud de la opinión consultiva relativa a la *Legalidad del uso por el Estado de armas nucleares en conflictos armados* (1996), treinta y cinco Estados participaron en el procedimiento consultivo. Sin embargo, la CIJ decidió no responder la consulta formulada por la OMS debido a que la cuestión vinculada con el uso legal o ilegal de armas nucleares se encontraba fuera de las competencias específicas de la Organización (*Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 77, para. 22).

decidieron finalmente participar en el procedimiento consultivo¹¹⁴. En efecto, luego de las opiniones vinculadas con *Las Consecuencias*

¹¹⁴ Con relación a la opinión consultiva concerniente a las *Consecuencias Jurídicas de la Separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, ver: ALLEN, Stephen, "Introductory Note to Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 (I.C.J.)", *International Legal Materials* 58 (2019), pp. 445-602; same author, "Self-Determination, the Chagos Advisory Opinion and the Chagossians", *International and Comparative Law Quarterly* 69 (2020), 203-220; AMMAN, Diane Marie, "Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelagos from Mauritius in 1965", *American Journal of International Law* 113 (2019), pp. 784-791; BHATT, Kinnari, "Chagos: A Chance for the ICJ to do more for advancing human rights through the rule of law?", *Questions of International Law* 55 (2018), pp. 85-92; BURRI, Thomas, "Two points for the International Court of Justice in *Chagos*: Take the case, all of it – It is a human rights case", (*ibid.*) 55 (2018), pp. 93-105; DEMŠAR, Urša, DROLE, Vid, FAJDIGA, Mohor, KIMOVEC, Anže, KOS, Ula Aleksandra, MEDIŽEVEC, Anže, NOVAK, Pia, OPRČKAL, Gregor, PLAHUTNIK, Miha, SAMOBOR, Ana, ŠERBEC, Hana, "The concept of duress in the world of decolonization", (*ibid.*) 55 (2018), pp. 119-130; FAHNER, Johannes Hendrik, "*Déjà Vu* in The Hague – the relevance of the *Chagos* arbitral award to the proceedings before the ICJ", (*ibid.*) 55 (2018), pp. 107-118; FARRAN, Sue, "Chagos and the ICJ – The Marine Protected Area", (*ibid.*) 55 (2018), pp. 71-84; ITEN, Jean-Louis, «L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 25 février 2019 sur les Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965», *Revue Générale de Droit International Public* 123 (2019), pp. 391-408; KATTAN, Victor, "The Chagos Advisory Opinion and the Law of Self-Determination", *Asian Journal of International Law* 10 (2020), pp. 12-22; LAW, Monique, "The Chagos request: Does it Herald a Rejuvenation of the International Court of Justice's Advisory Function?", *Queen Mary Law Journal* 9 (2018), pp. 25-48; MCCORQUODALE, Robert, ROBINSON, Jennifer and PEART, Nicola, "Territorial Integrity and Consent in the Chagos Advisory Opinion", *International and Comparative Law Quarterly* 69 (2020), pp. 221-238; MINAS, Stephen, "Why the ICJ's Chagos Archipelago advisory opinion matters for global justice – and for 'Global Britain'", *Transnational Legal Theory* 10 (2019), pp. 123-136; MOSSES, Morsen, "Revisiting the Matthew and Hunter Islands Dispute in Light of the Recent Chagos Advisory Opinion and Some Other Relevant Cases: An Evaluation of Vanuatu's Claims relating to the Right to Self-Determination, Territorial Integrity, Unlawful Occupation and State Responsibility Under International Law", *Netherlands International Law Review* 66 (2019), pp. 475-506; NEGM, Mamira, "Diverse Perspectives on the Impact of Colonialism in International Law: the Case of the Chagos Archipelagos", *American Society of International Law. Proceedings of the Annual Meeting* 113 (2019), pp. 68-71; PIGRAU, Antoni, "Reflections on the effectiveness of peremptory norms and *erga omnes* obligations before international tribunals, regarding the request for an advisory opinion from the International Court of Justice on the Chagos Islands", *Questions of International Law* 55 (2018), pp. 131-146; POLONSKAYA, Ksenia, "International Court of Justice: The Role of Consent in the Context of Judicial Propriety Deconstructed in Light of *Chagos Archipelago*", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 18 (2019), pp. 189-218; REGHIZZI, Zeno Crespi, «La juridiction consultative à l'épreuve du principe consensuel: l'affaire des Effets juridiques de la

Jurídicas de la construcción de un Muro sobre el Territorio Palestino Ocupado (2004)¹¹⁵ y con la *Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia relativa a Kosovo* (2010),¹¹⁶ donde hubo una participación aproximadamente de entre treinta y cinco (35) y cincuenta y tres (53) entidades interesadas (en su mayoría Estados, pero también organismos internacionales), en la presente terminarían por intervenir treinta y un (31) Estados y una organización internacional (la Unión Africana)¹¹⁷.

En lo que respecta al tema bajo análisis, tanto por las cuestiones planteadas a la CIJ como por los antecedentes de la disputa existente entre Mauricio y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte con respecto a los derechos de soberanía territorial sobre el Archipiélago de Chagos, el presente procedimiento consultivo se manifestaría como una ocasión por demás adecuada para discutir una vez más las condiciones necesarias para que la Corte ejerciera sus facultades discrecionales a los fines de rechazar la solicitud de una opinión consultiva cuya adopción, según un grupo minoritario de Estados, podría haber terminado por

séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965», *Questions of International Law* 55 (2018), pp. 15-34; RRECAJ, Besfort T., "Legal Consequences of The Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 (ICJ Advisory Opinion, 25 February 2019, General List No. 169)", *Utrecht Journal of International and European Law* 35 (2020), pp. 50-55; SAND, Peter H., "The British Indian Ocean Territory: International legal black hole?", *Questions of International Law* 55 (2018), pp. 35-59; SNOXELL, David, "An ICJ Advisory Opinion, basis for a negotiated settlement on the issues concerning the future of the Chagos Islanders and of the British Indian Ocean Territory", (*ibid.*) 55 (2018), pp. 3-14; SUMMERS, James, "Decolonisation revisited and the obligation not to divide a Non-Self-Governing Territory", (*ibid.*) 55 (2018), pp. 147-176; TRINIDAD, Jamie, "Self-Determination and territorial integrity in the Chagos Advisory Proceedings: Potential broader ramifications", (*ibid.*) 55 (2018), pp. 61-69; WAGNER, Julia, "The Chagos request and the role of the consent principle in the ICJ's advisory jurisdiction, or: What to do when opportunity knocks", (*ibid.*) 55 (2018), pp. 177-189; YEE, Sienho, "Notes on the International Court of Justice (Part 7) – The Upcoming Separation of the Chagos Archipelago Advisory Opinion: Between the Court's Participation in the UN's Work on Decolonization and the Consent Principle in International Dispute Settlement", *Chinese Journal of International Law* 16 (2017), pp. 623-642.

¹¹⁵ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 142, para. 9.

¹¹⁶ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, p. 408, paras. 6-7.

¹¹⁷ *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019*, paras 9-10, p. 103.

afectar el carácter judicial de la Corte mediante la elusión (*circumvention*) del Principio del consentimiento del Estado para el arreglo judicial de las controversias¹¹⁸. Por este motivo, en el siguiente apartado se detallarán, en un primer momento, los argumentos presentados por aquellos Estados a favor y en contra del ejercicio de las facultades discrecionales (A), para luego concentrar nuestra atención en lo decidido finalmente por la CIJ (B).

A. Los argumentos de los Estados interesados a favor y en contra del ejercicio del poder discrecional por parte de la CIJ frente a una solicitud vinculada con una controversia pendiente entre dos Estados

De los treinta y un (31) Estados que tuvieron oportunidad de participar en el procedimiento consultivo bajo análisis, solo seis (6) de ellos incluirían en sus intervenciones escritas una serie de argumentos/objeciones a favor del ejercicio, por parte de la CIJ, de sus facultades discrecionales, como resultado de la elusión (*circumvention*) del principio del consentimiento del Estado para el arreglo judicial de las controversias¹¹⁹. Cuatro de ellos (Australia, Israel, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América) habían votado oportunamente en contra de la adopción de la resolución 71/292 de la AGNU, mientras que los dos restantes (Francia y Chile) se habían abstenido.

¹¹⁸ POLONSKAYA, Ksenia, “International Court of Justice: The Role of Consent in the Context of Judicial Propriety Deconstructed in Light of *Chagos Archipelago*”, *op. cit.*, pp. 189-218; WAGNER, Julia, “The Chagos request and the role of the consent principle in the ICJ’s advisory jurisdiction, or: What to do when opportunity knocks”, *op. cit.*, pp. 177-189; YEE, Sienho, “Notes on the International Court of Justice (Part 7) – The Upcoming Separation of the Chagos Archipelago Advisory Opinion: Between the Court’s Participation in the UN’s Work on Decolonization and the Consent Principle in International Dispute Settlement”, *op. cit.*, pp. 623-642.

¹¹⁹ Written Statement of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 15 February 2018, paras. 7.1-7.19; Written Statement of the United States of America, March 1st, 2018, paras. 3.1-3.32; Written Statement of the Government of Australia, 27 February 2018, paras. 26-49; Written Statement of French Republic, 28 February 2018, paras. 7-17; Written Statement of the Republic of Chile, 28 February 2018, paras. 5-9; Written Statement of Israel, 28 February 2018, paras. 1.4-3.24.

Una de las primeras observaciones presentes consistiría en resaltar la verdadera finalidad de la solicitud de opinión consultiva. En efecto, las cuestiones planteadas a la CIJ no tenían otro objetivo que resolver el núcleo de una controversia bilateral existente desde 1980 entre Mauricio y el Reino Unido¹²⁰. Si bien el texto de la resolución 71/292 enmarcaba la solicitud en el proceso de descolonización del Archipiélago bajo examen, la respuesta a cada uno de los interrogantes planteados llevaría necesariamente a la Corte al análisis del fondo de la disputa entre ambos Estados: los derechos de soberanía territorial sobre el archipiélago de Chagos y, por consiguiente, la validez del acuerdo de 1965¹²¹. De esta manera, uno de los inconvenientes planteados en la presente solicitud coincidiría en su totalidad con aquel identificado por la CPJI en el caso sobre el *Estatuto de la Carelia Oriental*. A su vez, las circunstancias del presente caso se diferenciarían sustancialmente de aquellas existentes en la opinión sobre la *Interpretación de los Tratados de Paz*, donde la CIJ se vería obligada a determinar el alcance de ciertas disposiciones convencionales que no estaban vinculadas con el fondo de la controversia entre los Estados interesados.

Una segunda observación estribaría en resaltar que la disputa bilateral entre ambos Estados no había tenido su origen durante un procedimiento ante la AGNU ni estaba relacionada con cuestiones que aquella estuviera examinando¹²². En efecto, si bien la AGNU adoptaría una serie de resoluciones vinculadas con el Archipiélago de Mauricio

¹²⁰ Written Statement of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, *ibid.*, paras. 7.14-7.15; Written Statement of the United States of America, *ibid.*, paras. 3.19-3.20; Written Statement of the Government of Australia, *ibid.*, paras. 37-38; Written Statement of French Republic, *ibid.*, para. 17; Written Statement of the Republic of Chile, *ibid.*; Written Statement of Israel, *ibid.*, paras. 3.12-3.24.

¹²¹ “In the Lancaster House agreement of 23 September 1965, the Premier and other representatives of Mauritius, which was still under the authority of the United Kingdom as administering Power, agreed in principle to the detachment of the Chagos Archipelago from the territory of Mauritius. This agreement in principle was given on condition that the archipelago could not be ceded to any third party and would be returned to Mauritius at a later date, a condition which was accepted at the time by the United Kingdom” (*Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019*, p. 137, para. 171; see also paras 32, 108 and 172).

¹²² Written Statement of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, *ibid.*, paras. 7.18; Written Statement of the United States of America, *ibid.*, para. 3.24; Written Statement of French Republic, *ibid.*, para. 11.

previo a su independencia en 1968, durante el examen de su solicitud de membresía a la ONU en la AGNU y en el CS, no se haría referencia alguna a la incompatibilidad del proceso de descolonización con el derecho vigente. Recién a partir de 1980, veinte años después de su independencia, la disputa entre ambos Estados terminaría por cristalizarse, sin que alguno de los órganos de la ONU volviera a tomar cartas en el asunto hasta el presente. Bajo estas condiciones, ninguna de las circunstancias resaltadas por la CIJ en sus opiniones sobre el *Sahara Occidental* y *Las Consecuencias Jurídicas de la construcción de un Muro sobre el Territorio Palestino Ocupado* podrían identificarse en el presente caso.

Una tercera observación estaría vinculada con la afectación de la posición jurídica actual de uno de los Estados interesados¹²³. Ya habíamos tenido oportunidad de resaltar lo afirmado por la CIJ en el caso sobre el *Sahara Occidental*, con respecto a los derechos actuales de España en tanto potencia administradora. En dicha ocasión, la Corte terminaría por afirmar que, si bien la consulta estaba vinculada con una controversia existente, sus respuestas no afectarían en modo alguno la situación jurídica de España. En el presente caso, la situación sería totalmente diferente. La opinión que la Corte pudiera brindar con respecto principalmente a la segunda cuestión formulada por la AGNU, asociada a las consecuencias jurídicas de la actual administración del archipiélago de Chagos por parte del Reino Unido, traería como resultado la afectación directa de los derechos de soberanía territorial de este último.

Finalmente, el Reino Unido resaltaría la inadecuación del procedimiento consultivo para examinar las cuestiones de hecho y de derecho vinculadas con una disputa territorial. En efecto, “[...] the two parties’ competing submissions as to *inter alia* the 1965 Agreement would be decided without even the benefit of the protections inherent in a contentious procedure. The absence of such protections was a source of much concern in the *Wall* case, and those concerns merely change form, and do not disappear, when a respondent State is willing to assist the Court by setting out its position on the merits. Thus, for example, the

¹²³ Written Statement of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, *ibid.*, paras. 7.18; Written Statement of the United States of America, *ibid.*, para. 3.29.

State would have considerably less time to put forward its arguments in oral argument, and would not benefit from a second round i.e. an opportunity to reply to the arguments that the disputing party has made”¹²⁴. Luego, terminaría por afirmar:

“Further, it appears that the Court will be being asked to engage with a set of complex facts, including as to the bilateral dealings between (i) the UK Government and the Mauritian Council of Ministers in the period mid-1965 to March 1968, and (ii) the United Kingdom and Mauritius in the period thereafter. It is plain that it must be for Mauritius, in the context of any judicial proceedings, to make good its case on duress and/or that the 1965 Agreement does not contain a valid consent and was not reaffirmed by it in the post-independence period. It bears the burden of proof in this respect. Yet, in advisory opinions, there are no parties as such before the Court and the concept of burden of proof would in the usual course be playing no role. This offers an apt demonstration of why the current issues are not suitable for determination in an advisory opinion and do raise questions of judicial propriety”¹²⁵.

Frente a dichas observaciones, un número mayoritario de Estados, junto con la Unión Africana [organización intergubernamental que cuenta actualmente con cincuenta y cinco (55) Estados miembros], adoptaría una posición contraria. Según esta postura, la CIJ no se encontraría frente a razón decisiva alguna que le impidiera expedirse sobre la solicitud efectuada por la AGNU mediante su resolución 71/292, adoptada el 22 de junio de 2017. Para fundamentar sus argumentos, se basarían principalmente en las dos condiciones o requisitos, ya mencionados con anterioridad y resaltados por la CIJ a través de su jurisprudencia (principalmente en sus dos opiniones consultivas relativas al *Sahara Occidental* y a las *Consecuencias Jurídicas de la construcción de un Muro sobre el Territorio Palestino Ocupado*), que justificarían la inexistencia de una situación donde se estuviera evadiendo (*circumventing*) el Principio del consentimiento del Estado para el arreglo judicial de la controversias.

¹²⁴ Written Statement of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, *ibid.*, paras. 7.18 (e).

¹²⁵ *Ibid.*, para. 7.18 (f).

En primer lugar, lejos de pretender únicamente la solución de una controversia bilateral sobre una cuestión de soberanía territorial entre Mauricio y el Reino Unido, el objetivo de la solicitud de opinión consultiva consistiría en obtener de la Corte un dictamen que le permitiera a la AGNU hacerse de las herramientas necesarias para que pudiera ejercer correctamente sus competencias vinculadas con la descolonización de un territorio. En efecto, como bien lo afirmaría Mauricio en su presentación escrita ante la CIJ: “In carrying out its prominent role in the process of decolonisation, the General Assembly has undertaken, *inter alia*, a continuing responsibility to ensure that the decolonisation of Mauritius is completed. To fulfil that function, the General Assembly has determined that it would benefit from the Court’s Advisory Opinion”¹²⁶. De esta manera, mientras la respuesta a la primera consulta permitiría a la AGNU comprender si el proceso de descolonización de Mauricio había sido llevado a cabo de conformidad con lo estipulado por el derecho internacional vigente durante la década de los sesenta¹²⁷, la réplica a la segunda cuestión ayudaría a la AGNU a entender cuáles serían las consecuencias jurídicas de la continuidad en la administración del archipiélago de Chagos por parte de la potencia administradora¹²⁸.

En segundo lugar, sobre la base de lo dispuesto por el texto de la resolución 71/292, la solicitud de opinión consultiva debería situarse en un marco de referencia mucho más amplio que aquel correspondiente a una mera disputa bilateral, donde la AGNU poseería como principal responsabilidad la total e inmediata implementación de la resolución 1514 (XV) y la finalización de todo proceso de descolonización aún incompleto¹²⁹. Responsabilidad que involucraría una norma con un carácter *erga omnes*, como ser el principio de autodeterminación de los pueblos, que impediría encuadrar la solicitud en una mera disputa bilateral¹³⁰. De esta manera, las circunstancias de la presente solicitud de opinión consultiva serían particularmente similares a aquellas existentes en el caso sobre el *Sahara Occidental*¹³¹ y coincidiría con lo manifestado

¹²⁶ Written Statement of the Republic of Mauricio, 1st March 2018, para. 5.34.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*, para. 5.35.

¹²⁹ *Ibid.*, para. 5.30.

¹³⁰ *Ibid.*, para. 5.31.

¹³¹ *Ibid.*, para. 5.30.

en la opinión sobre las *Consecuencias Jurídicas de la construcción de un Muro sobre el Territorio Palestino Ocupado*, donde la Corte situaría a las cuestiones planteadas “in a much broader frame of reference than a bilateral dispute”¹³².

En tercer lugar, sería un error considerar que, a diferencia de lo remarcado por la Corte en su opinión sobre el *Sahara Occidental* con respecto a la disputa entre España y Marruecos, aquella entre Mauricio y el Reino Unido había tenido su origen fuera de los procedimientos ante la AGNU. En efecto, según Mauricio: “[...] the issues giving rise to the General Assembly’s request originated in the 1960s, well before Mauritius attained independence, when the General Assembly addressed the dismemberment of Mauritius by calling upon the administering power to comply with its obligations under the U.N. Charter and Resolution 1514 (XV) to respect the territorial integrity of Mauritius”¹³³. Por último, tampoco sería correcto hacer una distinción entre la opinión mencionada con anterioridad y el presente caso, sobre la base de la afectación o no de la posición jurídica o de los derechos de los Estados interesados al momento de la adopción de la opinión consultiva. El presente argumento estaría ignorando que, a pesar de que la Corte haya llevado a cabo un análisis de los títulos al momento de la colonización, su respuesta tendría “[...] critical consequences for *present day rights*”¹³⁴.

B. La decisión de la CIJ con respecto específicamente al no ejercicio de su poder discrecional frente a una solicitud vinculada con una controversia pendiente entre dos Estados

En su opinión del 25 de febrero de 2019, la CIJ adoptaría la decisión de aceptar, por una mayoría de doce (12) votos a favor y dos (2) en contra, la solicitud de opinión consultiva presentada por la AGNU a través de la resolución 71/292¹³⁵. En lo que respecta al tema que nos compete, luego de realizar una escueta descripción de las dos posiciones

¹³² *Ibid.*

¹³³ Written Comments of the Republic of Mauritius, 15 May 2018, para. 2.48.

¹³⁴ *Ibid.*, para. 2.49.

¹³⁵ *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019*, p. 140, para. 183.

manifestadas durante el procedimiento consultivo¹³⁶, la Corte terminaría por admitir la inexistencia de razones decisivas que impidieran adoptar una opinión cuyo contenido tuviera finalmente como efecto soslayar (*circumvent*) el principio según el cual un Estado no está obligado a permitir que las disputas donde se encuentre involucrado sean sometidas a una solución jurisdiccional sin su consentimiento¹³⁷. Para llegar a dicha conclusión, la CIJ resaltaría tres de los cuatro aspectos o condiciones analizadas con anterioridad, vinculadas (1) con el objeto de las cuestiones planteadas, (2) el interés de los órganos de la ONU en obtener una respuesta por parte de la CIJ, y (3) con la irrelevancia de la existencia de posiciones divergentes sobre una cuestión planteada a través de una solicitud de opinión consultiva.

En lo que respecta a la primera condición, la Corte resaltaría una vez más que los interrogantes planteados por la AGNU se encontraban principalmente vinculados con la descolonización de Mauricio¹³⁸. La Asamblea General, lejos de pretender resolver una controversia territorial entre dos Estados, procuraría “[...] to receive the Court’s assistance so that it may be guided in the discharge of its functions relating to the decolonization of Mauritius”¹³⁹. Para respaldar su posición, el órgano judicial principal de la ONU recordaría nuevamente lo previamente afirmado en su opinión consultiva sobre el *Sahara Occidental*:

“The object of the General Assembly has not been to bring before the Court, by way of a request for advisory opinion, a dispute or legal controversy, in order that it may later, on the basis of the Court’s opinion, exercise its powers and functions for the peaceful settlement of that dispute or controversy. The object of the request is an entirely different one: to obtain from the Court an opinion which the General Assembly deems of assistance to it for the proper exercise of its functions concerning the decolonization of the territory. [...]”¹⁴⁰.

En cuanto al segundo aspecto, la CIJ resaltaría en un primer momento el importante rol/papel desempeñado por la AGNU en todos los procesos de descolonización, a partir de lo estipulado en disposiciones

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 116-117, paras. 83-84.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 118, para. 90.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 117, para. 86.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 117-118, para. 86.

como los artículos 1°, párrafo 2°, y 73 de la Carta de las ONU, o de las actividades desarrolladas por la Cuarta Comisión o el Comité de Descolonización¹⁴¹, para luego concluir que la solicitud de opinión consultiva versaba sobre una cuestión vinculada con la descolonización, temática, por lo afirmado con anterioridad, de particular interés para la ONU¹⁴². Por estos motivos, al igual que en ocasión de las opiniones consultivas sobre el *Sahara Occidental* y las *Consecuencias Jurídicas de la construcción de un Muro sobre el Territorio Palestino Ocupado*, terminaría por confirmar que “[t]he issues raised by the request are located in the broader frame of reference of decolonization, including the General Assembly’s role therein, from which those issues are inseparable [...]”¹⁴³.

Finalmente, la Corte acabaría por remarcar que la existencia de divergencias de opinión entre Estados interesados sobre una cuestión planteada a través de una solicitud de opinión consultiva, no implicaría que esta termine pronunciándose sobre una disputa bilateral¹⁴⁴.

Quizás, el escueto análisis presentado por la Corte para resolver la cuestión pudo haber sido la razón por la cual cuatro de los jueces de la CIJ terminarían por expedirse sobre el tema en sus declaraciones individuales y opiniones disidentes; si bien dos de ellos se manifestarían a favor de la posición mayoritaria (el vicepresidente Xue y el juez Iwasawa), los otros dos adoptarían una posición contraria (los jueces Tomka y Donoghue)¹⁴⁵. En su declaración individual, el juez Tomka pondría en duda la utilidad de la opinión de la CIJ para la AGNU, al considerar que la cuestión vinculada con el Archipiélago de Chagos no había sido objeto de análisis por parte de la ONU por un período aproximado de cincuenta años (desde 1968 hasta la adopción de la resolución de la AGNU, mediante la cual se solicitaba la opinión

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 118, para. 87.

¹⁴² *Ibid.*, p. 118, para. 88.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 118, para. 89.

¹⁴⁵ POLONSKAYA, Ksenia, “International Court of Justice: The Role of Consent in the Context of Judicial Propriety Deconstructed in Light of *Chagos Archipelago*”, *op. cit.*, pp. 214–216.

consultiva en 2017)¹⁴⁶. Estas circunstancias particulares del caso lo llevaron a considerar que la solicitud de opinión consultiva estaba exclusivamente vinculada con una disputa bilateral entre dos Estados y que, por consiguiente, la respuesta que la Corte pudiera brindar violaría el principio del consentimiento previo¹⁴⁷. Frente a esta opinión, el juez Xue se manifestaría de una manera totalmente contraria. En efecto, según su punto de vista:

“[...] the situation of the Chagos Archipelago is very unique in itself; after 50 years of independence, Mauritius is still confronted with a question left over from its decolonization process. As an independent sovereign State, Mauritius, nevertheless, has the right to raise the issue with the United Kingdom through the means it sees fit. This freedom of choice of means is inherently embraced in the principle of sovereignty and the right to self-determination. *Equally important, as required by its mandate under the Charter of the United Nations, the General Assembly maintains a “particular concern” for decolonization. So long as decolonization remains incomplete, this mandate has no temporal limitation under the Charter*”¹⁴⁸.

A nuestro entender, estas afirmaciones subrayarían un punto importante: efectivamente, la falta de acción por parte de la ONU por un período por demás prolongado (cincuenta años) y con respecto a una cuestión sobre la cual posee plenas competencias, no afectaría ni la validez de las resoluciones que, en su caso, hayan sido adoptadas por la AGNU, ni la posibilidad de que esta asuma nuevamente sus funciones sobre un proceso de descolonización aún no finalizado. Estos

¹⁴⁶ «Il convient de rappeler que même si, comme le relève la Cour, l'Assemblée générale «s'est toujours employée sans relâche à mettre un terme au colonialisme» (avis consultatif, par. 87), ces efforts ont à peine porté sur la question de l'archipel des Chagos après l'indépendance de Maurice en 1968. En effet, entre 1969 et la demande ayant donné lieu au présent avis consultatif, la question de l'archipel des Chagos n'a jamais figuré à l'ordre du jour de l'Assemblée générale des Nations Unies ni à celui du Comité spécial de la décolonisation» (*Declaration of Judge Tomka (Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019)*, p. 150, para. 5).

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 148, para. 2.

¹⁴⁸ *Declaration of Vice-President Xue (Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019)*, p. 146, para. 17 (italic added).

argumentos se verían, a su vez, fundamentados por el carácter *erga omnes* de las normas involucradas¹⁴⁹.

El juez Donoghue, por su parte, resaltaría una segunda objeción al ejercicio de la función consultiva por parte de la Corte. Luego de remarcar en su opinión disidente la directa vinculación existente entre la opinión solicitada y la disputa bilateral entre Mauricio y el Reino Unido, subrayaría una diferencia sustancial entre las circunstancias del caso bajo análisis y aquellas existentes en la opinión sobre el *Sahara Occidental*. En efecto, como bien tuvimos oportunidad de observar con anterioridad, si bien en su opinión de 1975 la Corte habría finalmente reconocido una controversia entre España y Marruecos, terminaría por determinar que la cuestión en juego solo estaba vinculada con los derechos de Marruecos al momento de la colonización, y no con el status del territorio al momento de emitir la opinión. De esta manera, la Corte finalizaría por reconocer que la opinión no solo no podría afectar en modo alguno las facultades de España en tanto que potencia administradora, sino que tampoco acabaría por adjudicar derecho de soberanía alguno sobre el territorio en cuestión. Según el juez Donoghue, en la opinión bajo análisis, la situación sería totalmente diferente: “[...] the present request places before the Court the lawfulness of past United Kingdom conduct, the present-day consequences of that conduct for the rights of that State and the adjudication of sovereignty over territory”¹⁵⁰.

¹⁴⁹ “Decolonization is a process. The right to self-determination is one of the fundamental principles of international law that was well established during the decolonization movement after the Second World War. The paramount importance of the principle of self-determination is reflected in its *erga omnes* character in the sense that it not only confers a right on the peoples of all non-self-governing territories to self-determination, but also imposes an obligation on all States to see to it that this right is fully respected. As an exercise of its substantive right, Mauritius’ endeavours to resolve the issue of the Chagos Archipelago with the United Kingdom through bilateral and third-party procedures do not by themselves change the nature of the issue as a matter of decolonization, nor do they deprive the General Assembly of its mandate on decolonization under the Charter of the United Nations. As past experiences show, the issue of decolonization may be considered at both bilateral and multilateral levels; they are not mutually exclusive under international law” (*ibid.*, pp. 146-147, para. 19).

¹⁵⁰ *Dissenting Opinion of Judge Donoghue (Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019)*, p. 265, para. 18.

Por consiguiente, la Corte debería haber ejercido sus facultades discrecionales y rechazar finalmente la solicitud de opinión.

Sin embargo, las diferencias resaltadas por el juez Donoghue en los dos casos estarían más bien relacionadas con el sentido de la respuesta brindada por la Corte, y no con las características de las cuestiones finalmente planteadas. En efecto, si en la opinión sobre el *Sahara Occidental*, se hubiese reconocido que Marruecos poseía derechos de soberanía territorial sobre el territorio en cuestión al momento de la colonización, la Corte habría podido determinar que aquel sea devuelto a su antiguo soberano. De esta manera, no solo se habrían afectado los derechos de España en tanto que potencia administradora, sino que también se habrían adjudicado, en forma indirecta, los derechos de soberanía territorial a favor de Marruecos.

Conclusiones generales

La opinión consultiva relativa al *Estatuto de la Carelia Oriental*, adoptada por la CPJI el 23 de julio de 1923, fue y es aún considerada por algunos como el *locus classicus* generalmente empleado para el reconocimiento del consentimiento del Estado parte en una controversia, cuyo objeto esté directamente vinculado con una solicitud de opinión consultiva, como una condición necesaria para que la Corte no pueda finalmente expedirse. Sin embargo, como tuvimos oportunidad de observar a través de la primera parte de nuestro trabajo, una lectura con mayor detenimiento del razonamiento seguido por el tribunal nos llevaría necesariamente a una conclusión diferente. En efecto, la imposibilidad de ofrecer una respuesta a la consulta formulada por el Consejo de la Sociedad de las Naciones no se debería a la negativa por parte de Rusia a que la Corte se expidiera sobre el tema, sino a que el Consejo no fuera competente para realizar la consulta correspondiente, debido a que Rusia no habría aceptado la propuesta formulada oportunamente por la Sociedad de las Naciones de someterse al procedimiento de solución de controversias, según lo estipulado por el artículo 17 del Pacto. En otras palabras, en lugar de tratarse de un caso donde se haya hecho uso de las facultades discrecionales, la Corte terminaría por verse en la imposibilidad de ofrecer una respuesta por

falta de jurisdicción, dado que el Consejo de la Sociedad de las Naciones no se encontraba en condiciones (por falta de competencia) de formular la solicitud correspondiente.

A partir de la opinión consultiva relativa a la *Interpretación de los Tratados de Paz*, la CIJ dejaría en claro, de una vez y para siempre, que la falta del consentimiento de un Estado interesado no podría afectar en modo alguno la competencia consultiva del tribunal, inclusive en aquellas circunstancias donde la solicitud estuviera relacionada con una disputa pendiente entre Estados. Sin embargo, la falta de afectación de la competencia de la Corte no implicaría que la ausencia del consentimiento correspondiente no pudiera representar un inconveniente que finalmente pudiera llegar a dañar el carácter judicial del tribunal. Como bien sería posteriormente resaltado en la opinión consultiva sobre el *Sahara Occidental*, la situación mencionada se podría presentar en aquellos casos donde se verificase una *elusión* (*circumvention*) del Principio según el cual ningún Estado estaría obligado a someter una disputa a un arreglo judicial sin su consentimiento, sin llegar a determinar, no obstante, el alcance de la expresión “elusión”. Por el contrario, la CIJ continuaría analizando las circunstancias de cada caso para luego resaltar las condiciones que le permitirían responder a las cuestiones formuladas por el órgano u organismo competente, sin finalmente verse frente a la necesidad de emplear sus facultades discrecionales.

Como tuvimos oportunidad de examinar a través del presente trabajo, tres de las cinco condiciones empleadas por la Corte para justificar su decisión de no ejercer sus facultades discrecionales estarían vinculadas con ciertas cuestiones por demás discutibles o irrelevantes. En efecto, en primer lugar, la tendencia a marcar una diferencia entre las circunstancias existentes en el caso sobre el *Estatuto de la Carelia Oriental* y aquellas presentes en la solicitud de opinión consultiva que la Corte se encuentre examinando, carecería de sentido en la actualidad. Ciertamente, a diferencia de los aspectos remarcados por la CPJI con respecto a la actitud adoptada por el Gobierno ruso, que impidieron finalmente que aquella se expidiera, hoy en día sería particularmente difícil encontrar a un Estado interesado que no fuera Miembro de la ONU y que, a su vez, decidiera no tener participación alguna en el procedimiento consultivo ante la CIJ.

En segundo lugar, la imposibilidad de comprometer, mediante la respuesta brindada por la Corte, la posición jurídica del Estado interesado cuyo consentimiento no fuera finalmente manifestado, no se vería verificada en todos los casos donde este aspecto fuera finalmente resaltado por la Corte. Si en la opinión relativa a la *Interpretación de los Tratados de Paz*, este aspecto sería remarcado de manera clara, en el caso concerniente al *Sahara Occidental*, la afectación o no de la posición jurídica de España dependía exclusivamente de la respuesta que la Corte fuera finalmente a dar a las cuestiones formuladas por la AGNU. Efectivamente, si la Corte hubiese terminado por reconocer ciertos derechos de soberanía territorial a favor de Marruecos, la posición jurídica de España en tanto que potencia administradora podría haberse visto finalmente afectada.

Por último, en lo que respecta a la imposibilidad de reconocer una disputa o controversia en aquellos casos donde se estuviera frente a una simple divergencia de puntos de vista, la distinción formulada por la Corte podría, en algunos casos, pecar de ser por demás artificial. En efecto, si bien en el caso sobre *Namibia*, Sudáfrica adoptaría una actitud contradictoria que impediría identificar con claridad una disputa entre aquella y la ONU, en las opiniones consultivas relativas al *Muro* y al *Archipiélago de Chagos*, las circunstancias involucradas estaban claramente vinculadas con la existencia de una controversia entre los Estados interesados. Por un lado, la determinación de las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro sobre el territorio palestino ocupado implicaba analizar un hecho que representaba una nueva manifestación de un conflicto preexistente entre palestinos e israelíes. Por el otro, la identificación de los efectos jurídicos de la separación del Archipiélago de Chagos, que podría llegar a afectar el derecho de autodeterminación del Mauricio, claramente estaba vinculada con una disputa de soberanía territorial entre dos Estados.

La situación se torna particularmente diferente cuando se pasan a analizar las dos condiciones restantes, estas son: (1) el objetivo de la opinión consultiva es ofrecer una guía al órgano solicitante con respecto a sus funciones futuras y; (2) la ONU posee un interés particular sobre la cuestión objeto de la solicitud. Esto se debe a que estas se encuentran fuertemente imbricadas con el papel de la CIJ frente a la ONU a partir de

su reconocimiento como *órgano judicial principal* de la Organización. Ciertamente, el ofrecer una opinión a un órgano de la Organización o a un organismo internacional debidamente autorizado, sobre una cuestión jurídica vinculada con algunas de las actividades o propósitos de la ONU y que pueda representar un aporte sustancial a las futuras acciones del órgano u organismo solicitante, no podría representar otra cosa que la *raison d'être* de la función consultiva de la Corte. Por consiguiente, a nuestro entender, estas dos circunstancias se manifestarían como las *conditio sine qua non* para que la CIJ se encuentre en condiciones de ofrecer una opinión consultiva sin soslayar el Principio del consentimiento del Estado para el arreglo judicial de las controversias y a pesar de que la solicitud se encuentre vinculada directa o indirectamente con una disputa existente entre Estados.

Lo mencionado con anterioridad se vio nuevamente confirmado por la CIJ en su última opinión consultiva relativa a las *Consecuencias Jurídicas de la Separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*. En esta oportunidad, la Corte decidiría una vez más no hacer uso de sus facultades discrecionales a pesar de que la solicitud de opinión consultiva estuviera claramente vinculada con una disputa entre Mauricio y el Reino Unido y la respuesta principalmente a la segunda cuestión planteada por la AGNU pudiera finalmente afectar la posición jurídica de uno de los Estados interesados que no había manifestado previamente su consentimiento. A estas características del caso se le podría sumar el hecho de que la cuestión vinculada con la separación del Archipiélago de Chagos no había sido retomada por órgano alguno de la ONU durante un período aproximado de cincuenta (50) años. Esto resaltaría una vez más la importancia de que la solicitud de opinión consultiva se encuentre directamente relacionada con uno de los propósitos de la ONU, el principio de autodeterminación de los pueblos cuyo carácter imperativo o de *jus cogens* es hoy en día indiscutible, y que las respuestas que pueda brindar la CIJ a las cuestiones jurídicas oportunamente planteadas representen una verdadera guía para las futuras acciones del órgano solicitante.

LAS TRANSFORMACIONES DE LA ERA DIGITAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL: LA INTERPRETACIÓN DINÁMICA DE LOS INSTRUMENTOS VIGENTES Y EL RENOVADO ROL NORMATIVO DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

*Sofía Paglia**

SUMARIO: I. Introducción; II. El marco jurídico internacional vigente: su interpretación dinámica; III. Nuevas realidades, nuevas fuentes del derecho internacional; IV. Efectos de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas; V. La nueva costumbre; VI. El consenso internacional y su llamamiento a la acción; VII. Fragmentación del derecho internacional y normas de interpretación. El rol de la Comisión de Derecho Internacional; VIII. Conclusión.

I. Introducción

Comenzada la tercera década del siglo XXI, no quedan dudas de que estamos frente a un cambio de paradigma histórico. Del mismo modo que lo representaron en su tiempo la Primera Revolución Industrial con la mecanización de la producción; la Segunda, con la energía eléctrica; o la Tercera, con la electrónica y la tecnología de la información; hoy nos encontramos atravesando lo que Klaus Schwab¹ bautizó como “Cuarta Revolución Industrial”.

Así como las anteriores trajeron aparejados cambios que se reflejaron en la economía, la sociedad y las estructuras de poder político nacional e internacional, nada hace pensar que esta será distinta.

* Abogada (UNR). Diplomática del Servicio Exterior de la Nación. Miembro del Instituto de Derecho Internacional del CARI.

¹ SCHWAB, Klaus, “The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond”, Foreign Affairs, 12 de diciembre de 2015, disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2015-12-12/fourth-industrial-revolution>

Excepto, claro está, en cuanto a que ahora vivimos en un mundo altamente conectado e interdependiente, con el consecuente impacto que ello genera ya no solo en la conducta de los Estados, sino también de otros actores no estatales con creciente peso en escenario internacional. Las compañías de tecnología y telecomunicaciones ocupan un lugar estratégico como facilitadoras —cuando no activas promotoras— de estas transformaciones y, en ese rol, debieran caberles responsabilidades y deberes de estricta observancia de ciertas normas y estándares internacionales, antes reservados exclusivamente a los gobiernos. Al mismo tiempo, la sociedad civil está más organizada en defensa de sus derechos —lo que se verifica en la proliferación de Organismos No Gubernamentales (ONGs)—, en tanto la comunidad científica y académica han ido adquiriendo mayor protagonismo en el proceso de toma de decisiones políticas, dada la naturaleza del fenómeno en cuestión.

En las últimas décadas hemos experimentado cómo el progreso tecnológico y, en particular, el uso de nuevos dispositivos inteligentes se ha traducido en mejor conectividad, más amplio y rápido acceso a la información, innovaciones en materia de robotización, biotecnología e inteligencia artificial, entre otros avances. Todo esto no solo ha transformado las modalidades del comercio y las inversiones, sino que ha generado nuevas amenazas a la seguridad internacional, desafíos para los derechos humanos y extensión de la soberanía estatal hacia un nuevo espacio digital.

En este contexto, se vuelve necesario revisar la aplicabilidad de las legislaciones existentes, tanto a nivel nacional como internacional. Ante el panorama descripto podríamos válidamente preguntarnos, por ejemplo, ¿cómo identificamos y condenamos al responsable de un ciberdelito? ¿Procede el derecho de legítima defensa previsto en la Carta de Naciones Unidas en caso de ciberataque terrorista? ¿Es lícito —o incluso ético— que las empresas comercien y lucren con nuestros datos personales? Si bien actualmente no hay consenso en torno a las respuestas a estos interrogantes, desde hace algunos años, estos temas han comenzado a instalarse en las agendas internacionales.

Procede, entonces, plantearnos si el esquema jurídico e institucional internacional vigente se encuentra en condiciones de dar respuesta a los desafíos presentes y futuros. Si este no fuera el caso, será

necesario evaluar de qué manera deberán adaptarse frente a las necesidades actuales, para garantizar así la continuidad del orden internacional.

A lo largo de estas líneas, se buscará comprobar la operatividad del marco legal existente frente al avance de un fenómeno transversal, como lo es la revolución digital, y examinar el creciente rol normativo adoptado por distintos órganos e instituciones multilaterales en la gestación de un corpus regulatorio en materia digital, con el objeto de garantizar la plena vigencia de los instrumentos ya existentes del derecho internacional.

II. El marco jurídico internacional vigente: su interpretación dinámica

Mucho se habla de la necesidad de actualizar las legislaciones de cara al fenómeno que nos ocupa, pero la comunidad internacional está lejos de ponerse de acuerdo, *prima facie*, respecto del tratamiento deseable del universo creado por Internet. Actualmente hay Estados que sostienen que este se encuentra dentro de los límites de su potestad de contralor, resultando así legítimo controlar su contenido o incluso disponer la suspensión del servicio cuando se vean comprometidos los intereses nacionales². Pero, por otra parte, están quienes juzgan que Internet debe ser libre y abierta, tal como lo manifestaron los líderes del G7 en su comunicado de 2021 al referirse a las fronteras del futuro³.

Sin embargo, la cuestión no se agota en la clásica disyuntiva acerca de la conveniencia o no de la regulación de los monopolios, sino que interpela la efectiva capacidad de los actuales sistemas democráticos de garantizar las libertades de expresión y de información, ante la emergencia de este nuevo escenario. En este sentido, así como en su

² Así lo ha manifestado, por ejemplo, Xi Jinping, durante la Conferencia Mundial de Internet que tuvo lugar en Zhejiang en 2015. BBC NEWS, China internet: Xi Jinping calls for 'cyber sovereignty', BBC, 16 de diciembre de 2015, disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-35109453>

³ CASA BLANCA, "Carbis Bay G7 Summit Communiqué". Declaraciones y Comunicados de la Casa Blanca, 13 de junio de 2021, disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/06/13/carbis-bay-g7-summit-communicue/>

momento a la función de los medios de comunicación le fue atribuido el rango de “cuarto poder” como contrapeso en el sistema tripartito de separación de poderes, si bien hoy en día es indiscutible el nivel de incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) en la sociedad y la política actuales, estos niveles de penetración son embrionarios respecto de lo que es dable esperar. No obstante, sus efectos —tanto democratizadores como censores, informativos y desinformativos, inclusivos y excluyentes— ya se dejan ver. Igualmente, el tratamiento legal que se dé a estos nuevos ámbitos surgidos a la luz de la Revolución Digital condicionará las posibilidades de desarrollo económico que crean la innovación y el progreso tecnológico, según se vean fomentados u obstaculizados.

Los desafíos no son pocos. Se puede observar actualmente la existencia de un alto grado de desconfianza entre países por temor a que la promoción internacional de determinadas políticas públicas, respecto del funcionamiento de Internet, escondan otros intereses económicos o geopolíticos. A ello se suma el hecho que, hoy en día, los Estados y los organismos internacionales no son los únicos actores relevantes en el sistema internacional. Se destaca la creciente voz que han ido adquiriendo algunas ONGs sobre la materia, tales como Internet Society o Reporteros Sin Fronteras, los movimientos de activistas que promocionan y defienden determinadas posturas respecto de los principios que deben regir el uso y la provisión del servicio de Internet, como la iniciativa Open Internet for Democracy⁴ o el concepto de Net Neutrality⁵, así como el peso que revisten en la economía y finanzas globales los gigantes de Silicon Valley y reconocidas personalidades de la industria tecnológica. Todo ello complejiza el camino hacia el consenso, tanto a nivel estatal como internacional.

Ahora bien, independientemente del enfoque que se adopte respecto de la (des)regulación del servicio de Internet, que será en todo caso objeto de política pública, las transformaciones de las que estamos siendo testigos constituyen un fenómeno que se manifiesta en distintos

⁴ OPEN INTERNET FOR DEMOCRACY INITIATIVE, Sitio web, disponible en: <https://openinternet.global>

⁵ FINLEY, Klint, The Wired Guide to Net Neutrality, Wired.com, 5 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.wired.com/story/guide-net-neutrality/>

ámbitos de la vida humana e impacta de manera transversal sobre diversas ramas objeto del Derecho. En este sentido, cobra renovada importancia el marco jurídico internacional vigente, dado que antes que avanzar en la regulación de nuevos campos abstractos, es necesario garantizar la plena vigencia de los derechos y garantías consagrados en tratados internacionales sobre temas respecto de los cuales ya se alcanzó consenso.

En materia de derechos humanos, el uso de las nuevas tecnologías afecta aspectos tales como la privacidad y protección de los datos personales frente a su recopilación a gran escala, facilitada gracias a la transmisión masiva de información mediante las redes; el derecho a la no discriminación sobre la base de esos datos recabados; las garantías para la libertad de expresión y, al mismo tiempo, la protección contra el discurso de odio o la incitación a la violencia; la identidad digital de las personas; y las implicancias éticas y jurídicas del desarrollo de la Inteligencia Artificial, entre otros.

A este aspecto se ha referido la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet⁶, manifestando que los derechos existen tanto “en línea” como fuera de ella; y que “la revolución digital plantea un considerable problema de derechos humanos a escala mundial”, desde que “sus indudables beneficios no anulan sus riesgos evidentes”. Destacó a su vez, que, en su aspecto positivo, la revolución digital podrá empoderar, conectar, informar, incluso salvar vidas; pero también puede ocasionar pérdida de autonomía, desconectar, desinformar y, llegado el caso, costar vidas humanas.

Por su parte, el Secretario General de Naciones Unidas, António Guterres⁷, recordó en su Hoja de ruta para la cooperación digital que los

⁶ BACHELET, Michelle, Derechos humanos en la era digital. ¿Pueden marcar la diferencia?, Discurso Programático pronunciado en Japan Society, Nueva York, 17 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25158&LangID=es>

⁷ NACIONES UNIDAS, Informe del Secretario General “Hoja de ruta para la cooperación digital: aplicación de las recomendaciones del Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital”, A/74/821 (29 de mayo de 2020), disponible en: undocs.org/A/74/821

tratados vigentes en materia de derechos humanos se firmaron en la era pre-digital, y que en el mundo actual, donde las infracciones cometidas “en línea” pueden dar lugar a abusos fuera de ella, Internet no puede ser un espacio sin gobierno o ingobernable: los derechos humanos deben respetarse cabalmente en todos los ámbitos.

Se torna, por tanto, preciso revitalizar aquellos instrumentos y mecanismos de derechos humanos con los que ya contamos, reinterpretándolos a la luz de estas nuevas realidades y con un nuevo enfoque. Tienen especial relevancia en esta materia las disposiciones contenidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), respecto al establecimiento de perfiles raciales; la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC), en lo relativo al entorno digital; y la labor que está desarrollando el Comité de Derechos Humanos, encargado de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación a la libertad de expresión, la libertad de reunión, y de asociación pacíficas en la red. En efecto, aunque el ámbito de los derechos humanos ha sido precursor en el abordaje de estos desafíos, otros foros comienzan a tomar una dirección análoga. Mientras la Cruz Roja se encuentra revisando la eficacia de las normas del derecho internacional humanitario para evitar daños a civiles en caso de ciberoperaciones militares, la Organización del Tratado del Atlántico Norte hace lo propio respecto de las normas aplicables en materia de ciberdefensa.

De igual modo, será necesario reinterpretar el derecho penal internacional en general, y el artículo 5.1. del Estatuto de Roma en particular. ¿Cuál debe ser el accionar de la Corte Penal Internacional frente al crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión, cuando estos fueran perpetrados como ciberataques? Piénsese en el ataque mediante el uso de drones cuando no se puede identificar quién lo dirigió, no siendo posible la atribución de responsabilidad a una persona o grupo en particular. O basta con mirar el fenómeno reciente de hackeos a los sistemas informáticos de cadenas de suministros de servicios básicos, tales como la distribución de agua, energía o comunicación, al sistema de salud e incluso a redes de organismos estatales, los que siendo lo suficientemente masivos y

sostenidos en el tiempo podrían constituir un acto de agresión contra un Estado. Bachelet⁸ incluso se refirió al potencial de que las amenazas, la intimidación y el ciberacoso en Internet se traduzcan en acoso, violencia y asesinato en el mundo real, al punto tal de derivar en presuntos genocidios y limpieza étnica.

En un futuro no muy lejano, el rol de los jueces de la Corte Penal Internacional podrá aportar una fuente valiosa de interpretación de las normas aplicables a esos escenarios. Lo mismo cabe decir respecto de la lectura de las funciones y poderes del Consejo de Seguridad, en especial en lo atinente a la respuesta que cabría en caso de existencia de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, que se produzca a raíz de un ciberataque. No menos relevante será la necesaria evaluación de la proporcionalidad en la legítima defensa entre actos que impliquen el uso de fuerza de distinta naturaleza, como podría ser el caso de un ataque cibernético y una respuesta de índole militar tradicional.

Finalmente, si queremos preservar las reglas de juego vigentes, será esencial interpretar de manera dinámica y evolutiva la Carta de las Naciones Unidas y sus principios rectores. El caso actual más ilustrativo lo constituye el principio de no intervención en los asuntos de jurisdicción interna de los Estados —contenido en el artículo 2, inciso 7— a la luz de los novedosos y controvertidos mecanismos de injerencia como el ciberespionaje, el hackeo de softwares estatales, la diseminación de noticias falsas (popularmente referidas como fake news⁹) o la manipulación de la opinión pública a través de redes sociales para influir en resultados electorales.

⁸ En su discurso programático Derechos humanos en la era digital. ¿Pueden marcar la diferencia? (op. cit.), Bachelet refirió que “en el caso más trágico, los mensajes contra la comunidad rohingya de Myanmar precedieron a las violaciones y masacres de 2017. Los investigadores en materia de derechos humanos llegaron a la conclusión de que Facebook, con su caudal de noticias alimentado por algoritmos, contribuyó a difundir el discurso del odio y la incitación a la violencia”.

⁹ La Comisión Europea (2018) definió las fake news como información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga para obtener beneficios económicos o para confundir intencionalmente al público, pudiendo causarle daño. JOINT RESEARCH CENTRE, European Commission, Reporte Técnico The digital transformation of news media and the rise of disinformation and fake news, 2018, disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/tackling-online-disinformation>

III. Nuevas realidades, nuevas fuentes del derecho internacional

Por consiguiente, podría decirse que estamos frente a un doble proceso: de reinterpretación de los instrumentos internacionales que se encuentran en vigor a la luz de una nueva realidad, con el objetivo de garantizar su plena vigencia, por un lado; y de gestación incipiente de nuevas normas de derecho internacional, por el otro, tal como veremos a continuación. A su vez, en este último caso se conjugan fuentes materiales y fuentes formales.

Las fuentes materiales están dadas por las posturas adoptadas por los Estados ante la comunidad internacional, y son el fundamento extra-jurídico del surgimiento de una norma. Aunque sobre el fenómeno que nos ocupa —y gracias al propio desarrollo de las telecomunicaciones— existen múltiples evidencias de este tipo de expresiones, estas no son objeto de estudio de la ciencia jurídica, ya que no hacen a su contenido o validez (Guillermo R. Moncayo, Raúl E. Vinuesa y Hortensia D. T. Gutiérrez Posse)¹⁰.

Las fuentes formales, por su parte, son aquellas enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, respecto de cuyo carácter taxativo —o no— se ha ocupado gran parte de la doctrina a fin de valorar la posible autonomía de otros procesos de creación normativa. Independientemente de la postura que se adopte en cuanto a la naturaleza de la enumeración contenida en el citado artículo, Hugh Thirlway¹¹ sostiene que, en definitiva, se podría válidamente argumentar que cualquier nuevo proceso obtiene o deriva su obligatoriedad de alguna de las fuentes allí contenidas.

Hasta el momento, los instrumentos que recogen y enuncian las reglas aplicables —o deseables— respecto de los fenómenos que produce la influencia de las nuevas tecnologías son: Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU); Informes de su Secretario General y

¹⁰ MONCAYO, Guillermo R., VINUESA, Raúl E. y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T., *Derecho Internacional Público - Tomo 1*, Buenos Aires: Zavalía Editor, 1997, pp. 75-76.

¹¹ THIRLWAY, Hugh, *The Sources of International Law*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2014, pp. 97-99.

de distintos órganos dependientes; Informes de Grupos de Expertos Gubernamentales; Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos y Procedimientos Especiales del mismo Consejo; entre otros. Se aclara que se consideran a tales efectos instrumentos emanados únicamente del ámbito de Naciones Unidas (ONU) por los argumentos que se expondrán más adelante, relativos al consenso que este representa.

La AGNU está prestando una creciente atención al impacto de la tecnología en distintos aspectos, como los derechos humanos, la seguridad internacional y el desarrollo, todos los cuales producen efectos indiscutibles sobre el derecho internacional vigente. Esto queda demostrado con la siguiente enumeración, meramente ejemplificativa, de las resoluciones vinculadas a las transformaciones digitales en el ámbito internacional, adoptadas durante los últimos tres períodos de sesiones (73º, 74º y 75º), a saber:

III. 1) Resoluciones de AGNU en materia de paz y seguridad:

- A/RES/73/32: Resolución aprobada por la Asamblea General el 5 de diciembre de 2018 [sobre la base del informe de la Primera Comisión (A/73/509)] sobre la Función de la ciencia y la tecnología en el contexto de la seguridad internacional y el desarme.
- A/RES/73/187: Resolución aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2018 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/73/590)] sobre la Lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos.
- A/RES/73/266: Resolución aprobada por la Asamblea General el 22 de diciembre de 2018 [sobre la base del informe de la Primera Comisión (A/73/505)] sobre la Promoción del comportamiento responsable de los Estados en el ciberespacio en el contexto de la seguridad internacional.
- A/RES/74/28: Resolución aprobada por la Asamblea General el 12 de diciembre de 2019 [sobre la base del informe de la Primera Comisión (A/74/363)] sobre Promoción del comportamiento responsable de los Estados en el ciberespacio en el contexto de la seguridad internacional.

- A/RES/74/173: Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2019 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/74/400)] sobre Fomento de la asistencia técnica y la creación de capacidad para fortalecer las medidas nacionales y la cooperación internacional contra la ciberdelincuencia, incluido el intercambio de información.
- A/RES/74/247: Resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de diciembre de 2019 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/74/401)] sobre Lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos.
- A/RES/75/32: Resolución aprobada por la Asamblea General el 7 de diciembre de 2020 [sobre la base del informe de la Primera Comisión (A/75/394, párr. 17)] Promoción del comportamiento responsable de los Estados en el ciberespacio en el contexto de la seguridad internacional.
- A/RES/75/38: Resolución aprobada por la Asamblea General el 7 de diciembre de 2020 [sobre la base del informe de la Primera Comisión (A/75/398, párr. 7)] sobre Función de la ciencia y la tecnología en el contexto de la seguridad internacional y el desarme.
- A/RES/75/282: Resolución aprobada por la Asamblea General el 26 de mayo de 2021 sobre Lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos.

III. 2) Resoluciones de AGNU en materia de derechos humanos:

- A/RES/73/179: Resolución aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2018 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/73/589/Add.2)] sobre El derecho a la privacidad en la era digital.
- A/RES/75/176: Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2020 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/75/478/Add.2, párr. 89)] sobre El derecho a la privacidad en la era digital.

III. 3) Resoluciones de AGNU en materia de desarrollo:

- A/RES/73/17: Resolución aprobada por la Asamblea General el 26 de noviembre de 2018 [sin remisión previa a una Comisión Principal] sobre el Impacto del cambio tecnológico rápido en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y sus metas.
- A/RES/73/218: Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2018 [sobre la base del informe de la Segunda Comisión (A/73/535)] sobre Las tecnologías de la información y las comunicaciones para el desarrollo sostenible.
- A/RES/74/197: Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2019 [sobre la base del informe de la Segunda Comisión (A/74/378)] sobre Las tecnologías de la información y las comunicaciones para el desarrollo sostenible.
- A/RES/74/229: Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2019 [sobre la base del informe de la Segunda Comisión (A/74/382/Add.2)] sobre Ciencia, tecnología e innovación para el desarrollo sostenible.
- A/RES/75/202: Resolución aprobada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 2020 [sobre la base del informe de la Segunda Comisión (A/75/454, párr. 11)] sobre Las tecnologías de la información y las comunicaciones para el desarrollo sostenible.

A estas resoluciones de la AGNU se suman otros documentos de indiscutida relevancia, emanados del seno de la ONU. A modo ilustrativo, cabe mencionar:

III. 4) Informes del Secretario General de Naciones Unidas:

- A/68/98. Informe del Secretario General donde remite los resultados presentados por el Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional, creado en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 4 de la resolución 66/24 de la Asamblea General.
- A/74/821. Informe del Secretario General: Hoja de ruta para la cooperación digital: aplicación de las recomendaciones del Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital. Este recoge los resultados presentados por el Panel en su informe titulado La era de la interdependencia digital, de junio de 2019.

III. 5) Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos sobre cuestiones digitales:

- A/HRC/RES/17/4: Resolución sobre Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas: Acoge con satisfacción la labor y las contribuciones del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, y hace suyos los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar, que figuran en el anexo del informe del Representante Especial.
- A/HRC/RES/32/13: Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 1 de julio de 2016 sobre Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet.
- A/HRC/RES/41/11: Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 11 de julio de 2019 sobre Las tecnologías digitales nuevas y emergentes y los derechos humanos.
- A/HRC/RES/42/15: Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 26 de septiembre de 2019 sobre El derecho a la privacidad en la era digital.

III. 6) Informes de Relatores Especiales presentados ante el Consejo de Derechos Humanos:

- A/HRC/17/27: Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, del 16 de mayo de 2011. Habla sobre Principios generales sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión e Internet y la restricción de contenidos en Internet.
- A/HRC/41/41: Informe anual del Relator Especial, Clément Nyaletsossi Voule, sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, 17 de mayo de 2019. Expone las oportunidades y los problemas que hay en el ámbito de esos derechos en la era digital.

Seguidamente, cabría analizar entonces los efectos y la naturaleza de los instrumentos enunciados a fin de evaluar su calificación como fuentes formales del derecho internacional.

IV. Efectos de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas

El artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas establece que la AGNU promoverá estudios y hará recomendaciones para fomentar la cooperación internacional en el campo político, e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, así como para fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción.

Por lo tanto, resulta evidente que tales resoluciones no son jurídicamente obligatorias, sino que fijan pautas de conducta de carácter recomendatorio. Sin embargo, al ser emanadas del principal órgano deliberativo de la ONU y el más representativo de la comunidad internacional —integrado por 192 Estados—, el cual reviste una función fundamental en el proceso de establecimiento de normas y en la codificación del derecho internacional, es dable reconocer que sus actos poseen cierta autoridad moral que hace que los Estados se ajusten a sus recomendaciones en virtud de un mandato de tipo político. A la vez, esto es coherente con la observancia del principio de buena fe, contenido en el artículo 2 de la Carta, rector de la conducta los Estados Miembros. Sir Gerald Fitzmaurice¹² plantea que la negativa de un Miembro a observar una recomendación emanada de una amplia mayoría puede constituir evidencia de falta de buena fe, y cita al ex juez de la Corte Internacional de Justicia, Hersch Lauterpacht, al referir que tal conducta podría traspasar la imperceptible línea que existe entre impropiedad e ilegalidad.

Como foro internacional, la AGNU constituye el espacio propicio para el diálogo y debate de los temas de actualidad, siendo un ámbito de formación de lo que podría definirse como opinión pública internacional. Blaine Sloan¹³ ha hecho énfasis en que aunque las resoluciones no

¹² FITZMAURICE, Sir Gerald, Hersch Lauterpacht - The Scholar as Judge, *British Year Book of International Law*, 1961, vol. 37, pp. 8-9.

¹³ SLOAN, F. Blaine, *Binding Force of a Recommendation of the General Assembly of the United Nations*, *British Year Book of International Law*, 1948, vol. 25, pp. 1-33.

posean fuerza vinculante, sí tienen un rol efectivo en la cristalización de criterios de la Asamblea General como consciencia colectiva mundial, que puede representar un condicionante externo a la consciencia de los Estados individualmente considerados. Es por esto que las resoluciones que se adoptan como resultado del análisis, y la discusión que allí tengan lugar, poseen un impacto político indiscutible. De la misma manera, Ian Hurd¹⁴ sostiene que el efecto de las resoluciones de la AGNU en la comunidad mundial se debe más a su influencia política que a las obligaciones legales que estas puedan contener.

Al mismo tiempo, Christopher Joyner¹⁵ resalta cómo algunas resoluciones notables cumplieron la función de cubrir una laguna legal y, consecuentemente, dieron nacimiento a una nueva norma jurídica o principio general del derecho. Tal es el caso de la resolución sobre el uso pacífico del espacio exterior, aprobada por la AGNU en 1961. Dos años más tarde, la Asamblea reafirmó tales preceptos en una Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre. Posteriormente, en 1967, entró en vigor el primer tratado multilateral sobre la materia, denominado Tratado sobre los Principios que deben regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes¹⁶, que fue ratificado por 107 Estados. Esto viene a demostrar cómo ciertas resoluciones sobre temas en los que existe un vacío legal pueden ser un claro indicador de la existencia de una costumbre general, o incluso convertirse en principios generalmente aceptados del derecho.

También Obed Y. Asamoah¹⁷ analiza el peso que las declaraciones efectuadas en el ámbito de la ONU pueden tener en la

¹⁴ HURD, Ian, *International Organizations: Politics, Law, Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 104-105.

¹⁵ JOYNER, Christopher C., "U.N. General Assembly Resolutions and International Law: Rethinking the Contemporary Dynamics of Norm-Creation", *California Western International Law Journal*, vol. 11, 1981, pp. 445-478.

¹⁶ Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, adoptado el 19 de diciembre de 1966, *United Nations Treaty Series*, Vol. 610.

¹⁷ ASAMOAH, Obed Y., *The legal significance of declarations of the General Assembly of the United Nations*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1966, pp. 58-61.

adopción de prácticas por parte de los Estados, y destaca que las resoluciones de la AGNU que declaran principios legales, en especial en áreas novedosas como fue el caso del espacio exterior, pueden, de hecho, influenciar la práctica estatal. En el ejemplo citado, ello queda verificado al no registrarse evidencia de práctica contraria a los principios contenidos en la resolución inicial sobre el uso pacífico del espacio exterior. De este modo, una recomendación puede determinar la práctica estatal que conduce al desarrollo de una norma consuetudinaria de derecho internacional. El fundamento de la norma no sería la recomendación sino la práctica subsecuente, originada como consecuencia de ella. La mera repetición de una recomendación no constituye práctica suficiente para convertirla en un principio legal, a no ser que la esencia de la recomendación exprese la convicción legal de los Estados Miembros de la Asamblea General.

V. La nueva costumbre

Tomando como punto de partida las fuentes enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, al analizar los instrumentos previamente citados, es evidente que aún no estamos en presencia de convenciones internacionales sobre la materia. Tampoco se trata de principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, porque ello supondría su recepción en las legislaciones internas de los Estados. Sin embargo, vale la pena detenernos respecto de la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.

La doctrina es conteste en cuanto a que la costumbre a la que refiere el artículo supone un elemento material —la repetición de una práctica de manera constante y uniforme— y un elemento psicológico conocido como *opinio juris* —esto es, la convicción de su obligatoriedad—. No obstante, a diferencia de lo que sucedía cuando la costumbre era la principal fuente normativa, antes del impulso codificador, y lo que los Estados hacían —de manera reiterada y generalizada— era más importante que lo que decían, hoy en día las organizaciones internacionales representan una plataforma para la expresión de la voluntad de los Estados. Como resultado, esas manifestaciones son

indicadoras de un consenso generalizado, que deviene en la creación de una norma internacional (Stephen M. Schwebel)¹⁸.

Julio Barboza¹⁹ destaca que el dinámico proceso de codificación, a cargo principalmente de la AGNU pero también de otros órganos específicos, ha producido una enorme cantidad de instrumentos que, o bien declaran la costumbre existente, o bien desarrollan paulatinamente el derecho internacional, prescribiendo nuevas normas jurídicas. Un ejemplo lo constituye la mencionada resolución sobre el derecho del espacio, emitida por la AGNU, que precediera a la elaboración y adopción de un tratado multilateral sobre la materia. Siguiendo a este autor, si bien las resoluciones de los organismos internacionales en general no constituyen una fuente propiamente dicha de derecho internacional, sí pueden contribuir a la formación normativa al constituir una prueba del consenso en gestación, en torno a determinadas cuestiones, y pueden declarar el derecho existente definiendo las reglas e interpretándolas.

Por otra parte, Guillermo R. Moncayo, Raúl E. Vinuesa y Hortensia D. T. Gutiérrez Posse²⁰ sostienen que una resolución podría llegar a ser considerada como obligatoria en virtud de recoger una costumbre internacional, si bien en este caso la fuerza obligatoria no derivaría del instrumento en sí, sino de la norma consuetudinaria que expresa. Sostienen los autores que “la convergencia de numerosas voluntades estatales en la aprobación de una resolución comprueba en modo instantáneo la existencia de una *opinio juris*”.

Bajo esta línea doctrinaria, puede concluirse que las resoluciones objeto de estudio del presente trabajo son identificables con lo que Julio Barboza²¹ denomina “nueva costumbre”. Esta se distingue de la costumbre clásica en varios aspectos, pero principalmente en cuanto a

¹⁸ SCHWEBEL, Stephen M., “The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law”. *Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law*, vol. 73, 1979, pp. 301-309.

¹⁹ BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Zavallia Editor, 2008, pp. 98-101.

²⁰ MONCAYO, Guillermo R., VINUESA, Raúl E. y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T., *op. cit.*, p. 164.

²¹ BARBOZA, Julio, *op. cit.*, pp. 100-101.

que sigue un proceso causal inverso al tradicional: en lugar de deducir la existencia de una regla común de la verificación de una serie de actos estatales uniformes, repetidos en el tiempo y bajo convicción de obligatoriedad por la generalidad de la comunidad internacional, ahora la regla antecede y prevé conductas futuras, siendo plasmada en un texto adoptado sobre la base de un consenso generalizado de la comunidad internacional, como lo es el ámbito de la AGNU. En este tipo de foros internacionales, integrados por una vasta mayoría de Estados, los actos que antes requerían ser repetidos incesante e indefectiblemente como si de norma escrita se tratase, ahora son reemplazados por la voluntad allí manifestada en reconocimiento de esa convicción. El hecho de que esa voluntad se traduzca en un texto cuidadosamente redactado que verse sobre conductas observables de cara al futuro, hace que podamos concluir que estamos frente a un medio alternativo de creación de normas consuetudinarias.

Prueba de la existencia de este consenso generalizado en el caso que nos ocupa, son los instrumentos emanados de órganos internacionales que versan sobre distintos aspectos de la esfera digital anteriormente listados. Y tal volumen viene igualmente a demostrar el renovado impulso que ha adquirido la costumbre, en esta versión 2.0, en la formación del derecho de gentes, recuperando nuevamente el lugar de privilegio que supo tener antes de la ola codificadora (Julio Barboza)²².

VI. El consenso internacional y su llamamiento a la acción

Los líderes globales se han manifestado de manera inequívoca respecto de la necesidad de adoptar medidas en pos de garantizar la plena vigencia del derecho internacional en el contexto de cambio que nos toca vivir.

En la declaración de la Asamblea General sobre la conmemoración del 75º aniversario de las Naciones Unidas²³, adoptada el

²² BARBOZA, Julio, op. cit., pp. 98-108.

²³ NACIONES UNIDAS, Resolución 75/1 de la Asamblea General “Declaración sobre la conmemoración del 75º aniversario de las Naciones Unidas”, A/RES/75/1 (21 de septiembre de 2020), disponible en: undocs.org/A/RES/75/1

28 de septiembre de 2020, los Miembros reconocieron la importancia de la tecnología como una cuestión mundial fundamental y se comprometieron a “mejorar la cooperación digital” para poder maximizar los beneficios de las tecnologías digitales y reducir sus riesgos, postulando que las Naciones Unidas podían brindar la plataforma ideal para que todos los interesados participaran en esas deliberaciones.

En línea con ello, la Hoja de Ruta del Secretario General de las Naciones Unidas para la Cooperación Digital²⁴ ofrece una visión y una orientación para lograr un mundo digitalmente interdependiente. En ella se establecen las medidas que debe adoptar la comunidad mundial para garantizar la conectividad, el respeto y la protección de las personas en la era digital. La Hoja de Ruta es un llamamiento a que todo el mundo esté conectado para 2030, a que se respeten los derechos humanos online y a que se proteja a los más vulnerables de los posibles peligros de los avances digitales. Consecuentemente, se creó la Oficina del Enviado del Secretario General para la Tecnología, con el fin de coordinar la implementación de la Hoja de Ruta en estrecha consulta con los Estados Miembros, la industria tecnológica, las empresas privadas, la sociedad civil, otras organizaciones internacionales, instituciones académicas, la comunidad técnica y demás partes interesadas. Su ámbito de aplicación es multidisciplinario y comprende aspectos tales como la conectividad mundial, la creación de capacidad digital, confianza y seguridad digital, bienes públicos digitales, derechos humanos digitales, cooperación digital mundial, inclusión digital, inteligencia artificial y sostenibilidad ambiental digital.

Por otro lado, en la mesa redonda de alto nivel que tuvo lugar durante el 47º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, titulada La función del Consejo de Derechos Humanos a la hora de promover un enfoque de las tecnologías nuevas y emergentes basado en los derechos humanos, la Alta Comisionada Michelle Bachelet²⁵, hizo una

²⁴ NACIONES UNIDAS, Informe del Secretario General “Hoja de ruta para la cooperación digital: aplicación de las recomendaciones del Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital”, op. cit.

²⁵ BACHELET, Michelle, Declaración de Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Mesa redonda de alto nivel con motivo del 47º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos: La función del Consejo de Derechos Humanos a la hora de promover un enfoque de las tecnologías nuevas y

contundente declaración al respecto. Allí enumeró detalladamente los avances obtenidos en materia de la defensa y la promoción de los derechos humanos en la esfera digital, y reiteró la función del Consejo a la hora de afrontar los retos y las deficiencias en la aplicación de los derechos humanos en el sector de la tecnología.

Adicionalmente, en seguimiento del llamamiento a la acción en favor de los derechos humanos del Secretario General Guterres²⁶, se creó un Centro de las Naciones Unidas para los derechos humanos y la tecnología digital.

Por último, en virtud de su relevancia entre la comunidad internacional especializada en esta materia, no se puede dejar de hacer mención al Foro de Gobernanza de Internet (IGF, por sus siglas en inglés), una plataforma de agentes múltiples que se reúne anualmente facilitando la discusión de asuntos de políticas públicas relacionadas con Internet.

VII. Fragmentación del derecho internacional y normas de interpretación. El rol de la Comisión de Derecho Internacional

Indudablemente, la actual proliferación de instrumentos normativos resulta en una dramática expansión del alcance del derecho internacional. Este pasó de regular las relaciones entre Estados y su diplomacia formal, a lidiar con múltiples aspectos de la actividad internacional a medida que esta se fue diversificando, abarcando el comercio internacional, la protección del medio ambiente, los derechos humanos, la cooperación científica y tecnológica, entre otros. A su vez, esta diversificación produjo el surgimiento de nuevas instituciones regionales, multilaterales y universales sobre cada materia, cada una con

emergentes basado en los derechos humanos, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Noticias y eventos, 15 de junio de 2021, disponible en:

<https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27168&LangID=es>

²⁶ GUTERRES, Antonio M. de O., Llamamiento a la acción en favor de los derechos humanos, Naciones Unidas, 2020, disponible en: <https://www.un.org/en/content/action-for-human-rights/index.shtml>

sus propias reglas. Dicha expansión se dio de manera natural a medida que se buscó brindar respuestas a problemas específicos que fueron aflorando, gestándose, en consecuencia, una especialización diferenciada en esferas relativamente autónomas en cuanto a su estructura y campo de acción, lo que contribuye al fenómeno de fragmentación del derecho internacional.

El Reporte de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de su 58º período de sesiones²⁷, presentado ante la Asamblea General, recoge las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional y las dificultades que surgen de su diversificación y expansión. Allí, la CDI se ocupa de las implicancias legales de la fragmentación del orden social internacional, en cuanto esta produce estructuras normativas, instituciones y prácticas legales relativamente autónomas. Lo que en su momento estaba bajo la gran órbita del derecho internacional de índole general, ahora está fragmentado en distintos campos específicos tales como el derecho comercial, el derecho ambiental, los derechos humanos, el derecho del mar, el derecho comunitario o de integración, el derecho internacional de refugiados, etc. Cabe agregar que hoy en día también se habla de derecho digital, FinTech (o tecnología financiera) y de la posibilidad de regulación de las criptomonedas, asuntos impensados hasta hace muy poco tiempo.

A los efectos de brindar orientación para la aplicación de este crisol normativo, la CDI resalta que la interpretación del derecho internacional debe ser siempre sistémica, observando el principio de armonización y respetando la prevalencia de las normas de jerarquía superior, al igual que de las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*.

Será relevante el rol de la Comisión en la progresiva sistematización y codificación del derecho internacional, en especial en aquellos ámbitos donde ya existe abundante práctica internacional. Pero fundamentalmente, su misión cobra especial importancia en el desarrollo gradual del derecho en aquellas áreas en las que, por su novedad, existen

²⁷ NACIONES UNIDAS, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones (1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), A/61/10, , disponible en: undocs.org/A/61/10

vacíos legales y donde son susceptibles de producirse conflictos que atenten contra la paz y seguridad internacionales o prácticas que pudieran derivar en la inobservancia o violación de derechos humanos universalmente reconocidos.

Guillermo R. Moncayo, Raúl E. Vinuesa y Hortensia D. T. Gutiérrez Posse²⁸ sostienen que, tanto de los debates en el Comité de Redacción del Estatuto de la CDI como de las reiteradas discusiones en el seno de la misma Comisión, es dable interpretar la expresión “codificación del derecho internacional”, prevista en el artículo 15 de su Estatuto, no solo en función de la sistematización del derecho existente, sino también como un proceso tendiente a su adaptación, modificación y desarrollo.

VIII. Conclusión

En virtud de lo analizado en las líneas precedentes, cabe concluir que, para garantizar la plena vigencia de los principios rectores del derecho internacional, será esencial revitalizar los instrumentos internacionales que se encuentran en vigor, así como cubrir los vacíos legales que genera el impacto de la revolución tecnológica en las estructuras vigentes.

No debe perderse de vista que el fin último del derecho internacional, su verdadera razón de ser, es fungir como modelador del orden internacional, creando las normas de conducta necesarias para su ordenamiento, y así asegurar el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, tal como lo consagra la propia Carta de las Naciones Unidas. Para el cumplimiento de tan elevados propósitos, será fundamental la flexibilidad que el sistema internacional sepa demostrar en su capacidad para responder a las necesidades surgidas a la luz de las nuevas realidades. Las legislaciones siempre se encuentran por detrás del ritmo que marca el avance tecnológico, pero a medida que este se acelera, la necesidad de su inmediata adaptación se vuelve imperiosa.

²⁸ MONCAYO, Guillermo R., VINUESA, Raúl E. y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T., op. cit., pp. 91-94.

No es la primera vez que deviene inevitable actualizar las estructuras vigentes, y muy probablemente no será la última. Es por eso que el sistema legal internacional debe ser interpretado de manera dinámica a medida que se expande hacia nuevos campos, en respuesta a las demandas de una evolución tecnológica que transforma a la sociedad, la economía y la política globales. Y este proceso evolutivo puede, igualmente, resignificar ciertas reglas del juego hasta ahora indiscutibles. Así, la estrategia jurídica frente a este fenómeno en particular no puede ser implementada sin considerar las estructuras de poder imperantes en el panorama político internacional, factor elemental en la gobernanza digital. Además, hoy existen actores no estatales cuyo incuestionable peso en la innovación digital —como la industria, la academia y la sociedad civil organizada— hace que deban ser necesariamente incluidos a la hora de ponderar los factores que influyen en la determinación de políticas y en la elaboración de un marco regulatorio efectivo. Igualmente, todo intento normativo deberá cuidar, a la vez que realiza su propósito de garantizar derechos, de no obstaculizar en modo alguno los beneficios que la innovación y el progreso tecnológicos aportan como generadores de valor y creadores de nuevos productos y servicios tendientes a mejorar la productividad, el bienestar y la calidad de vida democrática de la población en general. Los desafíos son cada vez mayores y más variados, extendiéndose desde los derechos humanos y la seguridad hasta el desarrollo, la inclusividad y la sostenibilidad medioambiental, por lo que un enfoque multidisciplinario será indispensable.

A la fecha, no contamos con tratados multilaterales que contemplen las implicancias derivadas de los cambios transversales que genera la irrupción de la Cuarta Revolución Industrial en el mundo como lo conocíamos hasta ahora. Hasta que ese momento llegue, debemos enfocarnos en la adecuación de la normativa internacional vigente y en la integración de las nuevas fuentes jurídicas que surjan a la luz de estos fenómenos, ocupándonos de superar la consecuente fragmentación mediante una interpretación integral del derecho internacional como un sistema único y coherente. Solo así estaremos en condiciones de garantizar la plena vigencia de los derechos y garantías consagrados con esfuerzo y a costa de experiencias pasadas, que forman parte del acervo jurídico e institucional de la humanidad.